ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUS VERWALTUNGSVERTRÄGEN

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Staatsanwalt Claus-Peter Wulff, Berlin

Einreichungsjahr 1970

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547206_0078

ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUS VERWALTUNGSVERTRÄGEN

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Staatsanwalt Claus-Peter W u l f f , Berlin

Einreichungsjahr 1970

Erstgutachter : Professor Dr. jur. Roman Herzog

Zweitgutachter : Professor Dr. jur. Arwed Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung : 17. April 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Literaturverzeichnis

1. Aufsätze und Entscheidungsrezensionen

Achterberg, Norbert
Besprechung von VGH München U. v. 3. 11. 1964 — DVBl. 1966, 153

Bachof, Otto
Besprechung von Bundesverwaltungsgerichts-entscheidungen — JZ 1966, 58 f; 436 f.

Bähr, Peter
Zu BVerwGE 28, 1 ff. — Jus 1967, 141 ff.

Bettermann, Karl-August
Die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Vergleichen — NJW 1953, 1008

Die Verpflichtungsklage nach der VwGO — NJW 1960, 650

Zu BGHZE 43, 34 ff. — JZ 1966, 445 ff.

Zivilgerichtlich verfolgbare Schadensersatz-ansprüche bei schuldlos rechtswidriger Verwaltungsvollstreckung? — JZ 1960, 435

Bräutigam,
Verwaltungsrechtsweg und Klagearten — DÖV 1960, 650

Brückler, Karl-Otto
Rechtsweg bei der Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge — DRiZ 1964, 372

Bullinger, Martin
Der Vertrag über die kassenärztliche Versorgung der Ersatzdienstleistenden — DVBl. 1962, 675

Dietlein, Josef
Anmerkung zu BVerwG U. v. 6. 5. 1964 — DVBl. 1964, 923

Die Geltendmachung von Schadensersatz-ansprüchen im besonderen Gewaltverhältnis. Verwaltungsakt oder Leistungsklage? — NJW 1962, 1946

Eckert, Lutz
Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen — DVBl. 1962, 11

Erichsen, Hans-Uwe
Zur Haftung der Bundespost — DÖV 1965, 158

Gäthgens, Wolfgang
Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten — DRiZ 1965, 130

Gessler, Heinz
Die Länder als Anfechtungskläger im verwaltungs-gerichtlichen Verfahren nach dem LandbeschG; ein Beitrag zur Problematik des Insichprozesses — DÖV 1961, 891

Hans, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht		DVBl. 1951, 721
Haueisen, Fritz Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte		NJW 1962, 2129
Verwaltung und Bürger (Die Rechtsformen des Handelns der Verwaltung gegenüber dem Bürger)		DVBl. 1961, 833
Anmerkung zu VGH Stuttgart U. v. 11. 3. 1958		DÖV 1958, 952
Hegel, Hermann Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage nach der VwGO		DÖV 1965, 413
Helle, Ernst Zu BGHZE 34, 99		NJW 1961, 1157
Henrichs, Wilhelm Anmerkung zu BVerwG U. v. 6. 5. 1964		NJW 1964, 2367
Anmerkung zu BVerwG U. v. 17. 9. 1964		NJW 1965, 458
Hillermeier, H. Klage auf Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage		DVBl. 1967, 19
Holland, Ralf Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß		DÖV 1965, 410
Kion, Hans-Jürgen zu OLG Celle NJW 1966, 2021		NJW 1966, 2021
Klein, Karl-Heinz Die öffentlichrechtliche Assessorarbeit		Jus 1963, 233
Kühne, Gerhard Zu OLG Düsseldorf NJW 66, 2367		NJW 1967, 1115
Lüke, Gerhard Die Beseitigung des Prozeßvergleichs durch Parteivereinbarung		Jus 1965, 482 ff.
Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht	1961	VerwArch. 52, 210 f. ; 101 f
	1964	VerwArch. 55, 276 f; 82 f
zusammen mit Hans-Uwe Erichsen	1966	VerwArch. 57, 76 f. 380 f.
Müller, Hanswerner Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte		NJW 1963, 282

Pieper, Geswin
Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Verhältnis Staat-Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts — DVBl. 1967, 11

Redeker, Konrad
Die Regelung des öffentlichrechtlichen Vertrags im Musterentwurf — DÖV 1966, 543

Renck, Ludwig
Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt — Jus 1965, 129

Rupp, Hans Heinrich
Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherren im "besonderen Gewaltverhältnis" und seine Durchsetzung — DVBl. 1963, 577

Vertrag und Verwaltungsakt — DVBl. 1959, 81

Zur neuen VwGO 1960 — AöR Bd. 85, 301

Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen — NJW 1961, 811

Schäfer
Die Klagearten nach der VwGO — DVBl. 1960, 838

Schönke, Adolf
Anmerkung zu OVG Münster U. v. 23. 3. 1953 — JZ 1953, 341

Schmitt, Lothar
Der Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten — BayVBl. 1966, 304 f.

Selmer, Peter
Der Vorbehalt des Gesetzes — Jus 1968, 489 f.

Spanner, Hans
Anmerkung zu OVG Münster U. v. 19. 7. 1962 — DÖV 1963, 29

Stein, Walter
Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen — NJW 1963, 185

Stern, Klaus
Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater — JZ 1960, 557

Stich, Rudolf
Das Verwaltungshandeln — Jus 1964, 381

Tsatsos, Dimitris
Zum Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen (BGHZE 34, 99) — Jus 1962, 98 f.

Wacke, Gerhard
Vollstreckbare Leistungsbescheide wegen Eigenschäden gegen Beamte? — DÖV 1966, 311

Weber, W.
Anmerkung zu BVerwG NJW 1956, 886 — NJW 1956, 886

Wilke, Dieter
Der öffentlichrechtliche Fall — Jus 1966, 481 f.

2. Dissertationen und Abhandlungen

Apelt, Willibalt
Der verwaltungsrechtliche Vertrag — 1959 — AöR 84, 249

Barocka, E.
Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahmegestattungsverträgen zur Bodenbewässerung — 1960 — VerwArch. 51, 1 f.

Beinhardt, Gerd
Der öffentlichrechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht — 1964 — VerwArch. 55, 210

Bettermann, Karl-August
Das Verwaltungsverfahren — 1959 — VVDStRL 17, 118

Bonin,
Der Prozeßvergleich — 1957

Bullinger, Martin
Vertrag und Verwaltungsakt — 1962

Imboden, Max
Der verwaltungsrechtliche Vertrag — 1958

Ipsen, Hans-Peter
Öffentliche Subventionierung Privater — 1956

Klein, Friedrich
Die Tragweite der Generalklausel des Art. 19 Abs. IV GG — 1950 — VVDStRL 8, 90

Kniesch, Hans-Joachim
Zum Vergleich im Verwaltungsprozeß in Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, Festschrift zum 100. -jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland — Bd. II S. 497 f.

Lerche, Peter
Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlichrechtlichen Verträgen in Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, Festschrift zum 100. -jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland — Bd. II S. 59 f.

Löwenberg
Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht — 1967

Martens, Joachim
Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Vertragsakt 1964 AöR 89, 429

Menger, Christian-Friedrich
System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954

Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963

Naumann, Richard
Streitigkeiten des öffentlichen Rechts in Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, Festschrift zum 100. -jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland Bd. II S. 365 f.

Salzwedel, Jürgen
Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrags 1958

Stein, Ekkehard
Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 1961 AöR 86, 320 f.

Stern, Klaus
Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags 1959 AöR 84, 138 f., 273 f.

Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichrechtlichen Vertrags 1958 VerwArch. 49, 106 f.

Stich, Rudolf
Öffentlichrechtliche Zulässigkeiten der Zivilgerichte in Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, Festschrift zum 100. -jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland Bd. II S. 387 f.

3. Lehrbücher

Wolff, Hans-Julius
Verwaltungsrecht Bd. I 5. Aufl. 1963 und 6. Aufl. 1965
Verwaltungsrecht Bd. III 1966 und 2. Aufl. 1967

Lent-Jauernig
Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 10. Aufl. 1966

Lehmann, Heinrich
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 11. Aufl. 1958

Maunz, Theodor
Deutsches Staatsrecht
16. Aufl. 1968

Rosenberg, Leo
Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts
9. Aufl. 1961 und 8. Aufl. 1960

Scheerbarth, Walter
Das allgemeine Bauordnungsrecht, 1962

Schrödter, Hans
Die verwaltungsrechtliche Entscheidung, 1961

Schönke-Baur
Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht
7. Aufl. 1963

4. Kommentare

Altmayer, Josef - Lahm, Kurt
Verwaltungsvollstreckungsgesetz von Rheinland-Pfalz,
Kommentar, Stand 1958

Klinger, Hans
Kommentar zur VwGO
2. Aufl. 1964

Koehler, Alexander
Kommentar zur VwGO, 1960

von Mangoldt,
Das Bonner Grundgesetz, Kommentar 1953
(Bonner Kommentar)

von Mangoldt-Klein
Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
2. Aufl. 1957

Eyermann-Fröhler
Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
3. Aufl. 1962 und 4. Aufl. 1965

Maunz-Dürig-Herzog
Kommentar zum Grundgesetz
3. Aufl. 1968, Lieferung 1-9

Palandt,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
25. Aufl. 1966

Redeker-von Oertzen
Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
1960 und 2. Aufl. 1965

Rietdorf, Fritz
Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz von Nordrhein-Westfalen,
2. Aufl. 1963

Schönke-Schröder-Niese
Lehrbuch des Zivilprozeßrechts,
8. Auf. 1956

Soergel-Siebert
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Stand 1959, Band I

Schunck-De Clerk
Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1961
und 2. Aufl. 1964

Stein-Jonas-Schönke-Pohle
Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
18. Aufl. 1956

Thomas-Putzo
Erläuterungsbuch zur Zivilprozeßordnung,
2. Aufl. 1965

Ule, Carl Hermann
Verwaltungsgerichtsordnung,
2. Aufl. 1962

Gliederung

		Seite:
1. Kapitel:	Die Durchsetzung der Ansprüche aus koordinationsrechtlichen Verträgen	1
1. Abschnitt:	Der Erfüllungsanspruch und seine Durchsetzung	2
1. Titel:	Die Klage	2
I.	Rechtsweg und sachliche Zuständigkeit	2
II.	Das Rechtsschutzbedürfnis	3
A.	Der sogen. Insichprozeß	4
B.	Die Anrufung einer weisungsbefugten Oberbehörde durch den klagenden Vertragspartner	7
C.	Die Durchsetzung des vertraglichen Erfüllungsanspruchs im Wege des Verwaltungszwangs	10
1.	Das Recht zur generellen Verwaltungsvollstreckung	10
2.	Die vertragliche Vereinbarung der Verwaltungsvollstreckung	14
a)	Der allein zwischen staatlichen Organen geschlossene Vertrag	14
b)	Der zwischen einem Staatsorgan und einem Bürger geschlossene Vertrag	16
c)	Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze als gesetzliche Grundlagen für die Verwaltungsvollstreckung	17
d)	Die entsprechende Anwendung von § 794 Ziff. 5 ZPO	21
2. Titel:	Zwischenergebnis	24
2. Abschnitt:	Die Durchsetzung des auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des koordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Anspruchs	25
1. Titel:	Allgemeines	26

		Seite:
2. Titel:	Der Einfluß der Vorschrift des § 40 Abs. II Satz 1 VwGO	26
I.	Der Wortlaut des § 40 Abs. II VwGO	27
II.	Die Entstehungsgeschichte des § 40 Abs. II VwGO	28
A.	Die Begrenzung des § 40 Abs. II VwGO auf gesetzlich begründete Pflichten	29
B.	Die Begrenzung des § 40 Abs. II VwGO auf gegen den Staat gerichtete Schadensersatzansprüche	35
3. Abschnitt:	Die Durchsetzung der in einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche	40
1. Titel:	Die Rechtsnatur der Ansprüche	40
2. Titel:	Die Klage	41
I.	Allgemeines und Rechtsweg	41
II.	Das Rechtsschutzbedürfnis	41
A.	Der sogen. Insichprozeß	42
B.	Die Anrufung einer weisungsbefugten vorgesetzten Behörde durch den Vertragsgläubiger	42
C.	Die Durchsetzung des privatrechtlichen Anspruchs im Wege des Verwaltungszwangs	42
D.	Die vertragliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Ziff. 5 ZPO	43
3. Titel:	Die entsprechende Geltung dieser Grundsätze auch für die Durchsetzung etwaiger privatrechtlicher Schadensersatzansprüche	44
4. Titel:	Ergebnis	44
4. Abschnitt:	Die Durchsetzung der sich aus gerichtlichen Vergleichen ergebenen vertraglichen Ansprüche	44
1. Titel:	Der vor den Verwaltungsgerichten geschlossene Vergleichsvertrag	45
I.	Die Vollstreckung	45
A.	Die Vollstreckung der öffentlich-rechtlichen Ansprüche	49
B.	Die Vollstreckung der privatrechtlichen Ansprüche	49

Seite:

II. Die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung 52

A. Ursprüngliche Unwirksamkeit des Vergleichs 52

B. Nach Vergleichsschluß entstandene materiellrechtliche Einwendungen 53

2. Titel: Der vor den Zivilgerichten geschlossene Vergleichsvertrag 58

I. Die Vollstreckung 59

II. Die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung 61

A. Die ursprüngliche Nichtigkeit des zivilgerichtlichen Vergleichs 61

B. Die Geltendmachung nach Vergleichsschluß entstandener materiellrechtlicher Einwendungen 62

5. Abschnitt: Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung aus koordinationsrechtlichen Verträgen 63

1. Titel: Allgemeine Rechtsbehelfe 64

I. Die Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO 64

A. Die Erledigung der Einwendungen gegen den Schadensersatzanspruch 65

B. Die Gültigkeit des Vertrags nicht beeinflussende Einwendungen 66

C. Die Gültigkeit des Vertrags beeinflussende Einwendungen 66

II. Die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO 69

III. Die Erinnerung nach § 766 ZPO 71

2. Titel: Besondere Rechtsbehelfe 71

I. Die Beschwerde nach § 146 VwGO 72

II. Die Anfechtungsklage gegen Vollstreckungsakte 73

A. Vollstreckungsmaßnahmen als Verwaltungsakte 73

1. Die Vollstreckungsanordnung der §§ 3 VwVG 169 Abs. I Satz 1 VwGO 74

2. Das Ersuchen um die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahmen 75

Seite:

3. Die Vollstreckungsverfügung des § 170 Abs. I Satz 1 VwGO 75

4. Die einzelnen Vollstreckungshandlungen 75

B. Ergebnis 78

2. Kapitel: Die Durchsetzung der Ansprüche aus subordinationsrechtlichen Verträgen 79

1. Abschnitt: Die Durchsetzung der auf Erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Ansprüche 79

1. Titel: Die Klage 79

I. Rechtsweg und Zuständigkeit 79

II. Das Rechtsschutzbedürfnis 80

A. Das Recht des Staates zur Anwendung von Verwaltungszwang 80

1. Der Gedanke des widersprüchlichen Verhaltens 82

2. Die Ungleichbehandlung der Vertragspartner 85

3. Zwischenergebnis 88

4. Die erforderliche Eingriffsermächtigung 88

a) Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze als gesetzliche Eingriffsgrundlagen 89

b) Die Befugnis der öffentlichen Hand zur hoheitlichen Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ansprüche 89

α) Die materielle Frage 90

ß) Die formelle Frage 91

B. Ergebnis 99

C. Die Klageform 100

2. Titel: Ergebnis 106

2. Abschnitt: Die Durchsetzung der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des subordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Ansprüche, die Behandlung gerichtlicher Vergleiche und die Erledigung von Einwendungen in der Zwangsvollstreckung 106

3. Kapitel: Schiedsgerichtsvereinbarungen 107

Bei der Prüfung der Durchsetzung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen ist zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Typen dieser Verträge.

Die auch Verwaltungsverträge genannten öffentlichrechtlichen Verträge werden unterteilt in zwei Gruppen: sub- und koordinationsrechtliche Verträge[1].

Unter koordinationsrechtlichen Verträgen des öffentlichen Rechts werden solche[1] verstanden, die von Parteien geschlossen werden, deren keine der anderen in dem vom Vertrag erfaßten Rechtsbereich derart übergeordnet ist, daß sie gegenüber dem anderen - gewaltunterworfenen - Teil zur einseitig verbindlichen hoheitlichen Regelung, d. h. zum Erlaß von Verwaltungsakten (VAe) befähigt[1] ist.

In Entsprechung dazu sind subordinationsrechtliche Verträge[1] solche, bei denen ein Vertragspartner in dem Bereich, in dem der Vertrag geschlossen wird, dem anderen Vertragsteil derart gewaltunterworfen ist.

1. Kapitel: Die Durchsetzung der Ansprüche aus koordinationsrechtlichen Verträgen

Es soll zunächst die Durchsetzung der aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag hergeleiteten Ansprüche, und zwar zuerst die des primären Erfüllungsanspruches untersucht werden.

---

1) Wolff, H. J. Verwaltungsrecht 5. Aufl. 1963 Bd. I § 44 Ib S. 239/240; OVG Münster DÖV 1960, 798; Stich IUs 1964 381, 383; Pieper DVBl. 1967, 11; Stein AöR Bd. 86, 321 f.

1. Abschnitt: Der Erfüllungsanspruch und seine Durchsetzung

Für die Durchsetzung der sich aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts ergebenden Ansprüche kommt zunächst die Klage in Betracht.

1. Titel: Die Klage

I. Rechtsweg und sachliche Zuständigkeit

Da es sich bei dem geltend gemachten vertraglichen Erfüllungsanspruch um einen solchen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt, ist für die Klage nach § 40 Abs. I VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet[2].

Zuständig ist in der Regel das Verwaltungsgericht als Gericht des 1. Rechtszugs, und zwar das Verwaltungsgericht am Sitz des Beklagten, falls nicht eine der Ausnahmen des § 52 Ziff. 1-4 VwGO vorliegt (§ 52 Ziff. 5 VwGO).

Zu beachten ist aber hier die Vorschrift des § 50 Abs. I VwGO.

Danach ist das Bundesverwaltungsgericht ausschließlich als Gericht der ersten Instanz zuständig für die Entscheidung nichtverfassungsrechtlicher Streitigkeiten zwischen dem Bund und einem Land oder mehreren Ländern. Diese Vorschrift kommt hier aber nur zur Anwendung, wenn der öffentlichrechtliche Vertrag unmittelbar zwischen dem Bund und

---

2) Eyermann-Fröhler 4. Aufl. 1965 § 40 Rdnr. 1 zu A I; Lerche, Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 77

einem Land oder mehreren Ländern geschlossen worden ist. Ist der Vertrag nur von Behörden verschiedener Länder oder einer Bundesbehörde und einer Landesbehörde geschlossen, so gilt diese Bestimmung nicht[3].

II. Das Rechtsschutzbedürfnis

Zulässigkeitsvoraussetzung einer jeden Klage ist das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers[4].
Der Kläger benötigt aber keinen Rechtsschutz durch die Gerichte, wenn er auf einem anderen Weg einfacher, billiger und schneller seinen geltend gemachten Anspruch durchsetzen kann[5].
Das könnte zunächst dann der Fall sein, wenn

1. der klagende Bürger oder die klagende Behörde durch Anrufung der der beklagten Behörde übergeordneten, weisungsbefugten Oberbehörde sein Ziel dadurch erreichen könnte, daß die (u. U. beiden Behörden) übergeordnete Staatsstelle die Vertragserfüllung schuldende Behörde zur Erfüllung anweist, oder

2. der klagende Teil im Wege des Verwaltungszwangs, also durch Erlaß und Vollstreckung eines entsprechenden Leistungsbescheids den geltend gemachten Anspruch durchsetzen könnte.

---

3) Schunck-De Clerk VwGO 1961 § 50 Anm. 2a und BVerwGE 2, 198

4) Allg. Meinung, s. Rosenberg 9. Aufl. 1961, Lehrbuch des Dt. Zivilprozeßrechts § 85 II 2 b S. 402; Schönke-Schröder-Niese ZPO 8. Aufl. 1956 § 44 II 4 a S. 199, 200

5) Rosenberg aaO § 85 II 2 b S. 402; Schönke-Schröder-Niese aaO § 44 II 4 a S. 199/200

A. Der sogen. Insichprozeß

Verlangt ein Staatsorgan mit einer Leistungsklage von einem anderen Staatsorgan die Erfüllung des mit diesem geschlossenen öffentlichrechtlichen Vertrags und unterstehen beide der Weisungsbefugnis einer dritten staatlichen Stelle, so könnte man die Ansicht vertreten, der erhobenen Klage fehle das Rechtsschutzbedürfnis, da es einfacher, schneller und billiger sei, wenn der Kläger die beiden Vertragsparteien übergeordnete Staatsstelle um eine entsprechende Weisung zur Vertragserfüllung ersuche.

Dabei ist aber zu unterscheiden:

Sind die beiden Prozeßparteien keine selbständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern nur verschiedene Organe derselben juristichen Person, so könnte man die Ansicht vertreten, die erhobene Klage sei unzulässig, da Kläger und Beklagter dieselbe Person seien, niemand aber gegen sich selbst prozessieren könne (sogen. Insichprozeß)[6].

Inwieweit derartige Insichprozesse, d. h. Prozesse zwischen zwei derselben Aufsichtsinstanz unterstehenden Parteien oder zwischen auf beiden Seiten identischen Parteien[7] im Verwaltungsstreitverfahren zulässig sind, ist höchst umstritten[8].

---

6) OVG Saarlouis DÖV 1958, 508; BayVGH Verw. Rsp Bd. 16, 60 und BayVBl. 1963, 218; BVerwGE 2, 249 OVG Berlin NJW 63, 1939

7) Gessler DÖV 1961, 891

8) s. dazu Maunz-Dürig-Herzog, 3. Aufl. 1968, Art. 19 IV GG (Dürig) Rdnr. 16 S. 7; Fußn. 2 S. 7; Redeker-von Oertzen, 2. Aufl. 1965, § 63-Anm. 8 S. 238/9; Gessler DÖV 61, 891 f. m. w. Nachw.; Bayr. VGH-DÖV 63, 585; Klinger 2. Aufl. S. 312; Ule, VwGO, 2. Aufl. S. 134 f; OVG Saarlouis DÖV 58, 508; OVG Bln. NJW 63, 1939; Bay VGH Verw Rspr. Bd. 16, 60 u. Bay VBl. 1963, 218

Der Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden, zumal die Fülle der hierzu vertretenen Ansichten und angeführten Argumente den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

Im wesentlichen wird insoweit zutreffend darauf hingewiesen, daß - wenn auch die VwGO (§ 61 Ziff. 2 und 3) weniger strenge Anforderungen an die Beteiligtenfähigkeit stellt[9] als die ZPO - ein Prozeßverhältnis in der Regel den Widerspruch zwischen zwei verschiedenen Rechtsträgern[10] voraussetzt. Diese Rechtsträger können auch Organe derselben juristischen Person (des öff. Rechts) sein, sofern nur beide Parteien einen ihnen zur eigenverantwortlichen und damit auch prozessualen Wahrnehmung zugewiesenen eigenen, unverletzlichen Rechts- oder Zuständigkeitskreis[11] besitzen, in diesem Sinne als aus dem allgemeinen Behördenapparat ausgegliedert und gegenüber den anderen Staatsorganen verselbständigt sind[10], wie das etwa in den §§ 33, 35 Abs. II WehrpflG; 22, 43 Abs. II KGefEG 338 LAG; 8 Abs. III HandwO angeordnet ist.

Ist das der Fall, so ist die Klage - abgesehen von dem noch weiter zu prüfenden Rechtsschutzbedürfnis - zunächst einmal nicht deshalb unzulässig, weil es sich um einen "Insichprozeß" handelt. Ist das nicht der Fall, so ist die Klage bereits von vornherein nicht zulässig, falls nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist (s. oben)[12].

---

9) Redeker-von Oertzen 2. Aufl. 1965 § 63 Anm. VIII S. 238/39

10) H. J. Wolff VerwR III 2. Aufl. 1967 § 173 I b 4 S. 404; Maunz-Dürig-Herzog, 3. Aufl. 1968 Art. 19 IV Rdnr. 16 S. 7 u. Fußn. 2 S. 7; Gessler DÖV 1961. 891 f. mit Nachweisen; Bachof JZ 1966, 436, 438 zu Ziff. 256; BVerwGE 19, 121; Menger VArch. 55, (1964) S. 275, 287; 49 (1958) S. 184; BVerwGE 15, 106

Handelt es sich bei den Prozeßparteien um Organe verschiedener juristischer Personen, die - wie etwa zwei Gemeinden - der mehr oder weniger weitgehenden Weisungsbefugnis einer dritten staatlichen Stelle unterstehen, so dürfte der erhobenen Klage im Hinblick auf die Möglichkeit, die übergeordnete Staatsstelle um entsprechende Weisung zur Erfüllung nachzusuchen, das Rechtsschutzbedürfnis nur fehlen, wenn diese Möglichkeit zur Erreichung der vertraglichen Leistung der Klage gleichwertig[13] ist.

Das ist nicht der Fall, wenn die übergeordnete Stelle zum Erlaß einer derartigen Weisung nicht bereit[14] oder ihre Befugnis zweifelhaft ist. Dann nämlich führt die Erhebung der Klage einfacher, schneller und billiger zur Vertragserfüllung als eine Auseinandersetzung über das Weisungsrecht.

---

11) Dafür, daß es bei dem sogen. Insichprozeß nicht nur bei § 42 II - "falls gesetzlich nichts anderes bestimmt ist" - , sondern auch § 113 VwGO nicht um die Verletzung von Rechten im üblichen Sinne geht, sondern um Befugnisse, s. Bachof JZ 1966, 436, 438 zu Ziff. 256

12) OVG Saarlouis DÖV 1958, 508; BayVGH Verw. Rspr. Bd. 16, 60 und BayVBl. 1963, 218; BVerwGE 2, 249; OVG Berlin NJW 63, 1939; BayVGH DÖV 63, 585 und die in Anmerkung 10 genannten.

13) Schönke-Schröder-Niese aaO § 44 II 4a S. 199/200

14) Rosenberg Zivilprozeßrecht § 85 II 2b S. 403

B. Die Anrufung einer weisungsbefugten Oberbehörde durch den klagenden Vertragspartner

Hat der Bürger oder eine Behörde mit einer anderen Behörde einen koordinationsrechtlichen Vertrag geschlossen und verweigert diese die Vertragserfüllung, so ist zu erwägen, ob nicht der Bürger[15a)] einfacher, schneller und billiger[15)] die Vertragserfüllung erreicht, wenn er sich an eine gegenüber dem Vertragspartner weisungsbefugte übergeordnete Behörde mit der Bitte wendet, auf die untergeordnete Stelle im Sinn der Vertragserfüllung einzuwirken.

Handelt es sich bei der vom Kläger zur Vertragserfüllung verlangten Leistung um eine solche, die im Wege der Verpflichtungsklage nach den §§ 42, 113 VwGO zu erstreiten ist, so ist ein derartiges Anrufen der übergeordneten Behörde bereits durch die §§ 68 ff. VwGO vorgeschrieben; aber auch wenn die vom Kläger begehrte Leistung nicht im Erlaß eines VAs, sondern in einer sonstigen Handlung der Behörde besteht, der Kläger die Vertragserfüllung also mit der sogen. besonderen Leistungsklage zu verfolgen hätte, für die in der VwGO ein Vorverfahren nicht vorgeschrieben ist, könnte ihm das für die Klage erforderliche Rechtsschutzbedürfnis so lange fehlen, wie er die Vertragserfüllung durch eine entsprechende Weisung der übergeordneten Behörde erreichen kann.

---

15) Schönke-Schröder-Niese § 44 II 4 a S. 199/200; ähnlich Gessler DÖV 61, 891; Menger VArch. 55 (1964), S. 287

15a) bzw. die Vertragserfüllung fordernde Behörde

Andererseits ist aber folgendes zu berücksichtigen:
Die Feststellung der dem Vertragspartner vorgesetzten Behörde und die Beurteilung, ob sie im konkreten Fall überhaupt weisungsbefugt ist, bereitet zumindest dem Bürger - anders als einer sachkundigen Behörde - erhebliche Schwierigkeiten. Er müßte deshalb bei Zweifeln über die Weisungsbefugnis vorsichtshalber entsprechende Anträge stellen; dadurch würde ihm die Rechtsverfolgung erheblich erschwert.
Soll der öffentlichrechtliche Vertrag die Bezeichnung "Vertrag" zu Recht tragen, so muß - wie im Zivilrecht - auch die Erfüllung einer Forderung aus einem öffentlichrechtlichen Vertrag bei Fälligkeit sofort erzwingbar, die Klagemöglichkeit somit sofort gegeben sein, wenn gesetzlich (s. §§ 68 ff. VwGO) nichts anderes bestimmt ist.
Die Entscheidung der übergeordneten Behörde kann und wird sich ferner in der Regel wegen der erforderlichen Sach- und Rechtsprüfung erhebliche Zeit hinziehen; zwar könnte man hier die dem Bürger zuzumutende Wartepflicht entsprechend § 76 VwGO auf drei Monate seit Antragstellung begrenzen, jedoch ist die Forderung einer solchen der Erhebung der Leistungsklage voranzuschickenden Anrufung der übergeordneten Behörde dem Kläger aus den oben dargelegten Gesichtspunkten wegen übermäßiger Erschwerung der Rechtsverfolgung unzumutbar und auch aus folgendem Grunde unzulässig:
Würde man aus dem Gedanken des Rechtsschutzbedürfnisses heraus eine derartige Verpflichtung des klagenden Bürgers zu einer der Leistungsklage

voranzuschickenden Anrufung der der beklagten Behörde vorgesetzten Stelle konstruieren, so würde diese Verpflichtung auch bei sonstigen, im Wege der Leistungsklage zu verfolgenden außervertraglichen (z. B. :Erstattungs-) Ansprüchen zu beachten sein mit der Folge, daß so auch für die besondere Leistungsklage eine Art des Vorverfahrens durchzuführen wäre, ein Ergebnis, das[16] nirgends vertreten wird und angesichts der Sonderregelung der VwGO für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage der erkennbaren Systematik dieses Gesetzes widerspricht.

Schließlich würde eine solche Möglichkeit weder zu einer echten Streitschlichtung führen[17], noch wäre sie einem gerichtlichen Vollstreckungstitel gleichwertig. Das Rechtsschutzinteresse kann aber im Hinblick auf andere Möglichkeiten zur Rechtsverwirklichung nur dann verneint werden, wenn diese einem gerichtlichen Vollstreckungstitel gleichwertig sind[18].

Weder Bürger noch Behörde sind somit verpflichtet, einer Leistungsklage auf Vertragserfüllung einen Antrag an die der beklagten Behörde vorgesetzten staatlichen Stelle mit dem Ziel der Anweisung zur Vertragserfüllung voranzuschicken. Der sofort erhobenen Klage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis.

Welche Klageart im einzelnen zu wählen ist, soll später erörtert werden (s. C. Die Klageform S. 100 f.)

---

16) falls nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist (bayr. Abhilfeverfahren z. B.) o. § 141 FlurBerG (BGH-NJW 65, 1781; BVerwNJW 65, 1731

17) Gessler DÖV 1961, 891

18) siehe den Hinweis von Schönke-Schröder-Niese aaO § 44 II 4 a S. 199/200 auf § 104 ZPO

C. Die Durchsetzung des vertraglichen Erfüllungsanspruchs im Wege des Verwaltungszwangs

Hat der in der Gläubigerstellung befindliche Partner des koordinationsrechtlichen Vertrags die Möglichkeit, die vom anderen Teil geschuldete vertragliche Leistung im Wege des Verwaltungszwangs beizutreiben, so fehlt für eine dennoch erhobene, auf Vertragserfüllung gerichtete Klage das Rechtsschutzbedürfnis,[19] weil die ohne Inanspruchnahme der Justiz durchgeführte Verwaltungsvollstreckung billiger, einfacher und schneller zur Befriedigung des Gläubigers führt als die Klageerhebung.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob den Parteien eines koordinationsrechtlichen Vertrags ein solches Recht zur Erzwingung der Vertragserfüllung im Wege der Verwaltungsvollstreckung 1. generell zusteht oder 2. wenigstens vertraglich durch Unterwerfung unter die Hoheitsgewalt des anderen Vertragsteils wirksam vereinbart werden kann.

1. Das Recht zur generellen Verwaltungsvollstreckung

Die Verwaltungsvollstreckung findet - soweit gesetzlich nicht etwas anderes vorgeschrieben ist - nur aus Leistungsbescheiden, d. h. Verwaltungsakten statt. Deshalb ist der öffentlichrechtliche Vertrag selbst ohne einen weiteren, auf seiner Grundlage ergehenden Verwaltungsakt nur vollziehbar, wenn das in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen besonders vorgesehen ist.

19) Schönke-Schröder-Niese § 44 II 4 a S. 199/200; Rosenberg § 85 II 2 b S. 402; zum Teil a. M. aus praktischen Gründen BVerwG DVBl. 1968, 598, 599 = BVerwGE 28, 153, 154/5; BVerwGE 24, 225, 227; BVerwGE 25, 280, 290 = DÖV 1967, 422, 424 (falls ohnehin mit einem Prozeß zu rechnen ist, weil der geltend gemachte Anspruch nach Grund und/oder Höhe streitig ist)

So ist etwa in § 68 Abs. I des VwVG Rheinl. Pfalz[19a] bestimmt:

> "Bei Ansprüchen, für die der Verwaltungsrechtsweg begründet ist, findet die Vollstreckung nur statt, a) . . . b) aus Verträgen, wenn sich der Vollstreckungsschuldner in der Urkunde der sofortigen Vollstreckung ausdrücklich unterworfen hat, . . ."

§ 2 Abs. II Buchstabe c) des VwVG Hamburg lautet[20]:

> "Dieses Gesetz gilt entsprechend für die Vollstreckung aus solchen schriftlichen öffentlichrechtlichen Verträgen und . . . , in denen sich der Pflichtige zu einem Handeln, Tun oder Unterlassen oder zu einer sonstigen Leistung verpflichtet und der Vollstreckung im Verwaltungszwangswege unterworfen hat".

Im übrigen muß ein entsprechender Verwaltungsakt, d. h. Leistungsbescheid der Verwaltungsvollstreckung zugrunde liegen.

Ob auch ohne eine spezielle gesetzliche Grundlage zur Durchsetzung der Ansprüche aus einem öffentlichrechtlichen Vertrag ein Verwaltungsakt erlassen und dieser dann im Wege des Verwaltungszwangs

---

19a) s. Altmayer-Lahm, Verwaltungsvollstreckungsgesetz von Rheinland-Pfalz, Kommentar, Stand 1958, S. 219, 220

20) Gesetz vom 13. März 1961 (GVBl. S. 79, 136) abgedruckt in Hamburgisches Landesrecht, Sammlung von Vorschriften aus Verfassung und Verwaltung, herausgegeben von Andrew Grapengeter, Ulrich Becker, Werner Maschek, Stand Juli 1968; ähnlich lautet § 11 Abs. I Satz 1 des VwVG Bremen v. 11. April 1934 i. d. F. v. 15. 3. 60 durch Bekanntmachung vom 1. April 1960 (Brem. GVBl. S. 37): "Die Verwaltungsbehörden können durch schriftlichen Verwaltungsakt Personen zwingen etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, wozu diese kraft öffentlichen Rechts, insbesondere kraft Gesetzes, kraft Verordnung oder kraft eines schriftlichen Vergleichs oder eines schriftlichen Anerkenntnisses gegenüber einer Behörde verpflichtet sind". Abgedruckt in "Sammlung des bremischen Rechts", Stand vom 31. März 1963

durchgesetzt werden darf, ist umstritten [21].

Obwohl insoweit nicht immer zwischen sub- und koordinationsrechtlichen Verträgen unterschieden wird, soll das hier insoweit getrennt untersucht werden.

Zur Begründung der Zulässigkeit des Verwaltungszwangs wird im wesentlichen ausgeführt, die öffentliche Hand bleibe auch nach dem Abschluß des Vertrags in ihrer Überordnungsstellung und könne daher die ihr im Vertrag eingeräumten Ansprüche wie gesetzliche Ansprüche durchsetzen.

Demgegenüber ist aber folgendes zu bedenken:

Der der Verwaltungsvollstreckung zugrundeliegende Leistungsbescheid ist ein belastender Verwaltungsakt. Er setzt deshalb zunächst wie jeder rechtmäßige Verwaltungsakt die Gewaltunterworfenheit [22] des Adressaten in dem Rechtsbereich voraus, in dem der Verwaltungsakt ergangen ist.

---

21) siehe bejahend: (für alle verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse) BVerwGE 18, 283=DÖV 1965,67;19,243=DÖV 1965,53; BVerwG DÖV 1966,350; mit der Einschränkung, daß Überordnung gerade in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch bestehe; BVerwGE 24,225,228;BVerwGE 27,250,252;28,1,2/3=DÖV 1968,745; BVerwGE 34,97,100;BSGE 29,6,6/8= DVBl.1966, 745; (für insbesondere verwaltungsrechtliche Verträge:)OVG Münster OVGE 16, 12=DÖV 1960,798=VerwRspr.13 Nr.121;OVG Hambg VerwRspr. 8,228,230 Nr.52;PrOVGE 74,72,75/76; Barocka VerwArch.Bd.51,1,19;Menger VerwArch 52,211; OVG Münster DVBl.59,785=DÖV 59,556; Eckert DVBl.1962,21; Beinhard VerwArch.55,260; Salzwedel, Vertrag S.93,84
verneinend: OVG Hambg.DÖV 66,348,349;OVG Koblenz DVBl.64,931;Stich JUs 1964,381,387; VG Fft.Main BB 1960,1040;Klein JUs 1963,235; Musterentwurf S.204;Redeker DÖV 1966,545; Stern VerwArch.49,152;Ipsen Öff.Subven.Priv. 1956, S.97/8,99;Lerche Staatsbürger u.Staatsgewalt Bd.II S.83ff;Scheerbarth,Allg.Bauordnugnsrecht S.93;OVG Münster NJW 67,2328;Wolff, VerwR I 6,Aufl.1965 § 44 I b 5 S.250

22) Menger Erichsen VerwArch.57,381;Dietlein DVBl.1964,923;Stern AöR 84,278;Wolff VerwR Bd.I § 46 III S.253

Begriffsmerkmal der koordinationsrechtlichen Verträge ist aber gerade, wie ausgeführt wurde[23], die fehlende Gewaltunterworfenheit der Vertragspartner[24]. Diese stehen sich ja gerade - im Unterschied zu den Parteien des sogen. subordinationsrechtlichen Vertrags - auch außerhalb der vertraglichen[24] Regelung und deshalb abgesehen von der im Vertragsschluß als solchem zu erblickenden Gleichordnung hinsichtlich des vertraglich geregelten Gegenstandes als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber.

Trifft man also überhaupt die genannte (terminologische) Unterscheidung zwischen den koordinationsrechtlichen und den subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Verträgen, so ist bereits begrifflich bei koordinationsrechtlichen Verträgen die für den Erlaß eines fehlerfreien Verwaltungsakts notwendige Gewaltunterworfenheit des Adressaten nicht gegeben. Aus diesem Grunde sind die Parteien des koordinationsrechtlichen Vertrages - der sowohl zwischen zwei Staatsorganen als auch zwischen zwei Privatpersonen geschlossen werden kann - , nicht befugt, ihre vertraglichen Ansprüche im Wege des Verwaltungszwangs durch Erlaß und Vollstreckung entsprechender Leistungsbescheide zu verwirklichen.

Eine Verwaltungszwangsvollstreckung nach § 1 I VwVG oder den entsprechenden Bestimmungen des ladensrechtlichen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes kommt daher nicht in Betracht.

---

23) oben S. 1

24) Wolff VerwR Bd. I § 44 I b S. 239/40;
OVG Münster DÖV 1960, 798; Stich JUs 1964, 383

Grundsätzlich sind also die Ansprüche aus koordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Verträgen im Klagewege geltend zu machen[25]. Die Frage des einzuschreitenden Rechtswegs soll später behandelt werden.

2. Die vertragliche Vereinbarung der Verwaltungsvollstreckung

Da die Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche im Verwaltungszwang einfacher, billiger und schneller ist, ist es immerhin möglich, daß die Parteien des koordinationsrechtlichen Vertrags bei dessen Abschluß davon ausgehen oder im Vertrag sogar ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, dem staatlichen Vertragspartner solle dieser Weg zur Durchsetzung seines vertraglichen Anspruchs offen stehen.
Fraglich ist nur, ob und gegebenenfalls inwieweit eine derartige Vereinbarung zulässig und wirksam ist.

a) Der allein zwischen staatlichen Organen geschlossene Vertrag

Das soll zunächst für den Fall untersucht werden, daß beide Vertragspartner staatliche Organe sind.

---

25) OVG Münster NJW 1967, 2328, allerdings für einen subordinationsrechtl. Vertrag; OVG Lüneburg DÖV 1968, 803 (für Schadensersatzansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen) u. Wolff H. J. VerwR I 6. Aufl. 1965 § 44 I b 5 S. 250; Stich JUs 64, 387; VG Frankfurt BB 60, 1040; Klein JUs 63, 235; Musterentwurf des VerwVerfG S. 204; Redeker DÖV 1966, 545; Lerche in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 83; Ipsen, Öffentl. Subventionierung Privater 1955 S. 95, 98/98; wohl auch Stern VerwArch. Bd. 49, 152; Scheerbarth Allg. Bauordnungsrecht S. 93

Ausgehend von dem in § 794 Ziff. 5 ZPO niedergelegten Grundsatz, daß einer Vertragspartei unter gewissen Voraussetzungen das Recht eingeräumt werden kann, ohne einen gerichtlichen Vollstreckungstitel die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner durchführen zu lassen, könnte man zunächst dahin neigen, diese Freiheit auch den Parteien eines koordinationsrechtlichen Vertrags einzuräumen, und zwar mit der erweiterten Befugnis, auch selbst zu vollstrecken, nicht nur durch andere Organe vollstrecken zu lassen.

Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, daß der koordinationsrechtliche Vertrag durch seine Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht auch den dort bestehenden besonderen Bindungen unterliegt, woraus im Vergleich zum Privatrecht weitaus enger gesteckte Grenzen der Regelungs- und damit der Vertragsfreiheit resultieren.

Es wurde bereits dargelegt[25a)], daß nach der hier vertretenen Typologie und Terminologie der Verwaltungszwang hoheitliches Handeln und damit ein Über-Unterordnungsverhältnis voraussetzt.

Nun ist allgemein anerkannt[26)], daß deshalb, weil die staatliche Verwaltung nach Art. 20 GG an das Gesetz gebunden ist, die Befugnis der staatlichen Organe, hoheitlich - und zwar eingreifend-belastend, wie ausgeführt wurde[27)] - tätig zu werden, mit

---

25a) oben S. 12/13

26) BVerwGE 4, 111, 117=DVBl. 1957, 721; Forsthoff DVBl. 1957, 724; Rupp DVBl. 1959, 85; Menger-Erichsen Verw. Arch. 57, 381; Bullinger DÖV 1962, 675, 686; Stein AöR 86, 321; Redeker DÖV 1966, 26; Pieper DVBl. 1967, 14; Stern VerwArch. 49, 141

27) oben S. 12

anderen Worten: eine Überordnungsstellung einzunehmen mit der Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten (Leistungsbescheiden) nicht vertraglich für Gebiete vereinbart werden darf, in denen diese Subordination und Handlungsmacht nicht besteht.

Dieser Grundsatz[26)] verlangt auch hier Geltung, wo sich einer von zwei gleichgeordneten Vertragspartnern der hoheitlichen Regelungsgewalt des anderen unterwerfen soll.

Der in Art. 20 Abs. III GG ausgesprochene Grundsatz der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung führt dazu, daß - falls nicht im Gesetz etwas anderes gestattet ist - im Koordinationsbereich die Vereinbarung einer Subordination der Vertragspartei, wie sie für die Anwendung von Verwaltungszwang erforderlich ist, nicht zulässig und deshalb gemäß § 134 BGB unwirksam ist.

b) Der zwischen einem Staatsorgan und einem Bürger geschlossene Vertrag

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der eine Vertragspartner eine Privatrechtsperson ist. Der Grundsatz der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung verlangt auch hier im Bereich der Koordination beider Vertragspartner eine gesetzliche Grundlage für den Erlaß von Leistungsbescheiden und damit für die Durchführung des Verwaltungszwangs.

Im Koordinationsbereich besteht ja eben keine derartige Gewaltunterworfenheit des Bürgers, die nur[28)] durch ein Gesetz geschaffen werden kann.

---

28) Menger-Erichsen VerwArch. 57, 381: erforderlich sei die Rechtsnorm; s. auch die in Fußn. 18 hier S. 9 Genannten

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten:
Eine Vereinbarung dahin, daß die Durchführung der Ansprüche aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag unmittelbar durch die Behörde im Wege des Verwaltungszwangs erfolgen soll, ist unzulässig und damit unwirksam; falls nicht derartiges gesetzlich gestattet ist, ist für die Durchsetzung der genannten Ansprüche der Klageweg zu beschreiten.

c) Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze als gesetzliche Grundlagen für die Verwaltungsvollstreckung

Eine solche gesetzliche Gestattung der Verwaltungsvollstreckung unmittelbar durch den Staat als Vertragspartner im Wege des Erlasses eines entsprechenden Leistungsbescheids könnte man in den §§ 1 Abs. I, 3 Abs. I Satz 2 BVwVG oder den entsprechenden Bestimmungen der VwVGe der Länder[29] erblicken.
Prüft man diese Bestimmungen im Hinblick auf die hier zu entscheidende Frage, so ergibt sich folgendes:
Würde das BVwVG eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß belastender Verwaltungsakte oder für den Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung darstellen, so wären alle anderen spezialgesetzlichen Grundlagen zum Erlaß belastender Verwaltungsakte überflüssig; schon daraus folgt, daß dem BVwVG der Charakter einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung

29) siehe z. B. § 1 Abs. I VwVG Nord. Westf.; §§ 1 Abs. I, 68 Abs. I Buchst. b) VwVG Rhein. Pf.

nicht beigelegt werden kann.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. II BVwVG.

Dort wird die Verwaltungsvollstreckung nach dem BVwVG für die Durchsetzung solcher Geldforderungen untersagt, die im Wege des Parteistreits vor den Verwaltungsgerichten oder anderen Gerichten verfolgt werden.

Das könnte so verstanden werden, als solle damit auf die jeweils vorhandene tatsächliche Situation abgestellt werden; dann aber würde die Anwendung von Verwaltungszwang einfach durch den Erlaß eines entsprechenden Leistungsbescheids seitens der öffentlichen Hand "usurpiert"[30] werden können, was nicht zulässig ist.

Diese Vorschrift kann deshalb nur als eine Verweisung auf das materielle Verwaltungsrecht[31] und die dort behandelte Frage verstanden werden, wann die öffentliche Hand die ihr zustehenden öffentlich-rechtlichen Ansprüche durch Erlaß eines Verwaltungsakts durchsetzen kann.

Deshalb bietet das VwVG des Bundes keine Ermächtigung für die Verwaltung, zur unmittelbaren, eigenen Vollstreckung der Ansprüche aus koordinationsrechtlichen Verträgen oder zum Abschluß einer dahingehenden Vereinbarung.

Das muß auch für § 1 des Nordrh.-Westf. VwVG's gelten. Wegen der Ähnlichkeit der darin getroffenen Regelung

---

30) so Rupp DVBl. 1963, 577

31) Menger VerwArch. 55, 82; Rupp DVBl. 1963, 577; ähnlich Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 87/88; BVerwG JZ 1969,69=Jus 1969, 190 zu Ziff.9=MDR 1968,1030

mit der des BVwVG's werden unter den darin genannten "öffentlichrechtlichen Geldforderungen" nur solche verstanden, die aus einem Über- und Unter- ordnungsverhältnis[32], d.h. aus Verwaltungsakten resultieren.

Exakter ist insoweit § 1 Abs. I Rheinl. Pf. VwVG formuliert[33]. Darin ist ausdrücklich erklärt, daß nur Verwaltungsakte im Wege des Verwaltungszwangs unmittelbar durch die öffentliche Hand in dem im Gesetz näher niedergelegten Verfahren vollstreckt werden können. Diese Verwaltungsakte, im § 2 Abs. I BVwVG auch Leistungsbescheide genannt, setzen aber gerade, wie bereits ausgeführt wurde[33] [34], eine Unterordnung des Vollstreckungsschuldners voraus, die hier bei den koordinationsrechtlichen Verträgen gerade fehlt.

Etwas anderes gilt für § 68 Abs. I Buchstabe b)

---

32) § 1 VerwVollstrG Nordrh. Westfalen lautet: (siehe Fritz Rietdorf, Kommentar zum VwVG Nordrh. Westf. 2. Aufl. 1963 S. 12) : "Geldforderungen des Landes, der Gemeinden . . . , die die öffentlichrechtlicher Natur sind oder deren Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren durch gesetzliche Vorschriften ausdrücklich zugelassen ist, werden nach den Bestimmungen dieses Gesetzes im Verwaltungswege vollstreckt". Dazu Rietdorf aaO S. 14 Ziff. 2: Dabei wird ein Verhältnis der Über-Unterordnung vorausgesetzt.

33) Text: "Verwaltungsakte werden nach den folgenden Vorschriften vollstreckt, soweit nicht Bundesrecht gilt". Altmeyer-Lahm, Komm. zum VwVG Rheinl. Pfalz, 1958, S. 62 zu II 2 d: Verhältnis der Überordnung erforderlich; aus dem öffentlichrechtlichen Vertrag kann nicht unmittelbar vollstreckt werden.

34) oben S. 16 zu b); S. 15 zu a)

Rheinl. Pf. VwVG und § 11 Brem. VwVerfG[35] sowie § 2 Abs. II Buchstabe c) Hamb. VwVG[36].

In § 68 Abs. I Buchs. b VwVG Rh. Pf. ist ausdrücklich bestimmt, daß der erste Teil des Gesetzes (Verwaltungsvollstreckung aus Verwaltungsakten) auch gilt für die Vollstreckung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen, wenn der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Schuldurkunde sich unterworfen hat. Hier soll die vollstreckbare Urkunde an die Stelle des Verwaltungsakts, d. h. des Leistungsbescheids treten (§ 68 Abs. II Rh. Pf. VwVG).
In dieser Bestimmung ist somit eine Ermächtigung der Verwaltung zur vertraglichen Erweiterung der Befugnis zur unmittelbaren Vollstreckung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen im Wege des Verwaltungszwangs zu erblicken. Eine derartige Unterwerfung widerspricht auch nicht dem oben[37] erwähnten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, da das Gesetz selbst ja eine derartige Unterwerfung voraussetzt.

---

35) § 68 Abs. I Buchstabe b) VwVG Rheinl. Pfalz lautet: "Bei Ansprüchen, für die der Verwaltungsrechtsweg begründet ist, findet die Vollstreckung nur statt, a) . . . b) aus Verträgen, wenn sich der Vollstreckungsschuldner in der Urkunde der sofortigen Vollstreckung ausdrücklich unterworfen hat . . . ".
§ 11 Abs. I Satz 1 VwVG Bremen in der Fassung vom 1. 4. 60 (GVBl. S. 37) lautet: "Die Verwaltungsbehörden können durch schriftlichen Verwaltungsakt Personen zwingen, etwas zu tun, ... wozu diese kraft öffentlichen Rechts, insbesondere . . . kraft eines schriftlichen Vergleichs oder eines schriftlichen Anerkenntnisses gegenüber einer Behörde verpflichtet ist".

36) § 2 Abs. II Buchstabe c) des VwVG Hamburg v. 13. 3. 61 (GVBl. S. 79, 136) lautet: "Dieses Gesetz gilt entsprechend für die Vollstreckung aus solchen öffentlichrechtlichen Verträgen und . . . , in denen sich der Pflichtige zu einem Handeln, . . . oder sonstigen Leistung verpflichtet und der Vollstreckung im Verwaltungszwangswege unterworfen hat".

Nach dem Brem. VwVerfG[38] und dem Hamb. VwVG[39] findet der Verwaltungszwang zur Vollstreckung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen auch ohne eine dahingehende Unterwerfung statt.

Im Hinblick auf § 17 BVwVG, wonach Zwangsmittel gegen Behörden nicht festgesetzt werden dürfen, ist jedoch zweifelhaft, ob diese Ermächtigung der Verwaltung, unmittelbar und selbst aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag zu vollstrecken, auch für den Fall gilt, daß der Vollstreckungsschuldner ebenfalls ein Staatsorgan ist.

Das ist zu bejahen, da § 17 BVwVG im Rahmen des Geltungsbereichs des BVwVG's zum Zuge kommt, andererseits in der VwGO auch eine Anwendung von Verwaltungszwang gegen staatliche Stellen vorgesehen ist (§ 170 VwGO). Die Zwangsvollstreckung ist in so gelagerten Fällen eben analog § 170 VwGO (Anrufung der vorgesetzten Behörde) durchzuführen.

d) Die entsprechende Anwendung von § 794 Ziff. 5 ZPO

Von der bisher behandelten Frage, ob die Behörde zur unmittelbaren Zwangsvollstreckung im Wege des selbst durchgeführten Verwaltungszwangs (Leistungsbescheid) befugt ist, zu unterscheiden ist die andere Frage, unter welchen Voraussetzungen die Parteien des koordinationsrechtlichen Vertrags ohne gerichtlichen Titel, jedoch unter Inanspruchnahme der

---

37) oben S. 15-16

38) § 11 Abs. I Brem. VwVerfG v. 1. 4. 60; Text Fußn. 35) S. 20

39) § 2 Abs. II Buchst. c) Hamb. VwVG v. 13. 3. 61; Text Fußn. 36) S. 20

gewöhnlichen Vollstreckungsorgane (s. §§ 169 ff. VwGO) die Vollstreckung von Forderungen aus diesen Verträgen durchführen lassen können.

Für gerichtliche Vergleiche spricht § 168 Ziff. 3 VwGO aus, daß diese unmittelbare Vollstreckungstitel für die Durchführung der in der VwGO geregelten Zwangsvollstreckung (§§ 169 ff. VwGO) bilden.

Fraglich ist aber ferner, ob über diesen Rahmen hinaus in analoger Anwendung des § 794 Ziff. 5 ZPO eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einem koordinationsrechtlichen Vertrag wirksam vereinbart werden kann.

In einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts können auch privatrechtliche Ansprüche enthalten sein[40]. Soweit sich diese auf die in § 794 Ziff. 5 ZPO genannten Leistungsgruppen beziehen, ist die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach dieser Vorschrift ohne Zweifel zulässig.

Da aber auch öffentlichrechtliche Ansprüche auf die in § 794 Ziff. 5 ZPO genannten Leistungsgruppen (z. B. Geld) gerichtet sein können und diese Vorschrift lediglich auf diese Leistungsgruppen abstellt, bestehen insoweit zwischen den öffentlich- und privatrechtlichen Ansprüchen keine Unterschiede, die die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Ziff. 5 ZPO auch bezüglich der Ansprüche verbieten könnten, die auf die in § 794 Ziff. 5 ZPO genannten Anspruchsgruppen gerichtet sind.

---

40) s. etwa Stern AöR 84, 323, 324/325; OVG Münster DVBl. 1965, 406; VG Freiburg NJW 65, 1073

Dagegen könnte man nun einwenden, die in § 168 VwGO enthaltene Aufzählung der Vollstreckungstitel im Verwaltungsgerichtsverfahren, die von den in § 794 ZPO genannten Titeln nur den gerichtlichen Vergleich erwähne, sei abschließend, so daß die analoge Anwendung des § 794 Ziff. 5 ZPO auf öffentlichrechtliche Ansprüche dem Sinn des § 168 VwGO widerspreche.

Dieses Bedenken greift aber nur durch, wenn die Zwangsvollstreckung aus der über den öffentlichrechtlichen Anspruch aufgenommenen Unterwerfungsurkunde nach der VwGO erfolgt.

Da aber allein die in § 794 Ziff. 5 ZPO genannten - ordentlichen - Gerichte und Notare vollstreckbare Urkunden nach den Vorschriften der ZPO aufnehmen, führen auch nur die in der ZPO genannten Organe die Zwangsvollstreckung eben nach der ZPO durch, so daß der auf § 168 VwGO gegründete Einwand nicht durchgreift.

Da es hier auch nicht darum geht, ob der Staat als Vertragspartner befugt ist, seine Ansprüche aus koordinationsrechtlichen Verträgen im Wege des Verwaltungszwangs mit den dazu notwendigen Leistungsbescheiden durchzuführen, steht auch der in Art. 20 GG niedergelegte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung für den Erlaß des belastenden Leistungsbescheides verlangt, der Anwendung des § 794 Ziff. 5 ZPO nicht entgegen.

Es ist sonach zulässig, unter den Voraussetzungen des hier für öffentlichrechtliche Ansprüche analog geltenden § 794 Ziff. 5 ZPO in einem koordinationsrechtlichen Vertrag eine Unterwerfung unter die

sofortige Zwangsvollstreckung zu vereinbaren.

2. Titel: Zwischenergebnis

Der Anspruch auf Erfüllung eines koordinationsrechtlichen Vertrags ist somit grundsätzlich im Wege der Klage vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn

1. beide Vertragspartner einer beiden übergeordneten, weisungsbefugten- und bereiten Behörde unterworfen sind oder

2. ein Gesetz die unmittelbare Anwendung von Verwaltungszwang für die Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag gestattet oder

3. analog § 794 Ziff. 5 ZPO sich der Schuldner der sofortigen, auf Antrag des Vertragsgläubigers durch die gewöhnlichen Vollstreckungsorgane durchgeführten Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Da nach § 168 I VwGO die vollstreckbare Urkunde (im Sinne des § 794 Ziff. 5 ZPO) kein Vollstreckungstitel ist, sind die in den §§ 169 ff. VwGO genannten Vollstreckungsorgane der VwGO zur Vollstreckung vollstreckbarer Urkunden, in denen die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bezüglich einer aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag herrührenden öffentlich- oder privatrechtlichen Forderung erfolgt ist, nicht befugt.
Daran vermag auch nichts die in § 167 I Satz 2 VwGO enthaltene Verweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 8. Buches der ZPO zu ändern; die Aufzählung der Vollstreckungstitel in § 168 Absatz I VwGO ist insoweit als abschließend anzusehen.

Zwar schließt, wie oben ausgeführt wurde, die abschließende Aufzählung der Vollstreckungstitel der VwGO in § 168 I VwGO nicht aus, daß bezüglich einer - auch öffentlichrechtlichen - Forderung die in § 794 Ziff. 5 ZPO vorgesehene Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erfolgt, jedoch dürfen die in den §§ 169 ff. VwGO genannten Vollstreckungsorgane auf Grund dieses Vollstreckungstitels keine Zwangsvollstreckungshandlungen vornehmen.

Die Vollstreckung wird somit nach den Vorschriften der ZPO von den dort genannten Zwangsvollstreckungsorganen durchgeführt. Lediglich bezüglich der Erledigung der Einwendungen der §§ 767, 771 ZPO sind die später (zu I 5) zu behandelnden Sonderheiten zu beachten.

2. Abschnitt: Die Durchsetzung des auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des koordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Anspruchs

In den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung einer Vertragspflicht ist ein allgemeiner Grundsatz unseres Rechts niedergelegt.
Wie in Rechtsprechung und Schrifttum[41] zutreffend

41) Eckert DVBl. 1962, 14; Redeker DÖV 1966, 549; Wolff AllgVerwR Bd. I § 44 II a S. 242 BGH NJW1965, 962; NJW 65, 442; Einzelbegründung zum Entwurf eines VerwVerfG's S. 205, S. 206; BGH MDR 63, 481; Erichsen DÖV 65, 159; OVG Lüneburg DÖV 68, 803, davon geht auch Bettermann in JZ 66, 445, 446 f. aus; ähnlich auch BVerwG, Recht im Amt, 1967, 110

angenommen wird, bestehen gegen die Geltung dieses allgemeinen Grundsatzes, daß die schuldhafte Nichterfüllung eines Vertrags zum Schadensersatz verpflichtet, auch im Bereich der öffentlichrechtlichen Verträge keine Bedenken.

Es ist deshalb auch die Durchsetzung der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des koordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Ansprüche zu untersuchen.

1. Titel: Allgemeines

Für die Durchsetzung solcher Sekundäransprüche gelten, da es sich auch bei ihnen schließlich um aus dem Vertrag selbst hergeleitete Ansprüche handelt, die oben für die Durchsetzung des Primär- d. h. Erfüllungsanspruchs herausgearbeiteten Regeln.
Eine Besonderheit könnte jedoch wegen der Bestimmung des § 40 Abs. II VwGO bei der Zulässigkeit des Rechtswegs für die klageweise Durchsetzung dieser vertraglichen Sekundäransprüche gelten.

2. Titel: Der Einfluß der Vorschrift des § 40 Abs. II Satz 1 VwGO

Während § 40 Abs. I VwGO den Verwaltungsgerichtsweg ganz allgemein für die öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, nimmt § 40 Abs. II Satz 1 VwGO davon unter anderem die vermögensrechtlichen Ansprüche aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten aus und weist sie den ordentlichen Gerichten zu.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob diese Regelung auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des koordinationsrechtlichen Vertrags gilt.

I. Der Wortlaut des § 40 Abs. II VwGO

Unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten öffentlichrechtlichen Pflichten sind solche zu verstehen, die ihre Grundlage im öffentlichen[42] Recht haben. Da auch die in einem koordinationsrechtlichen Vertrag vereinbarten Pflichten ihren Ursprung im öffentlichen Recht haben, fallen deshalb nach dem Wortlaut[43] des § 40 Abs. II VwGO auch die vertraglichen Pflichten unter den in dieser Bestimmung genannten Begriff "öffentlichrechtliche Pflichten".
Eine weitere Unterscheidung zu treffen zwischen - von § 40 Abs. II 1 VwGO nicht erfaßten - vertraglichen Verpflichtungen und - von dieser Bestimmung erfaßten - gesetzlichen oder sonstigen Pflichten, wie sie teilweise vertreten wird[44], erscheint nicht zutreffend. Als gesetzestechnischer Begriff wird das Wort "Pflichten" auch sonst einheitlich für vertragliche wie gesetzliche oder sonstige Pflichten gebraucht[45].

---

42) BVerwG MDR 1961, 86; L. Schmitt, BayVBl. 1966, S. 304, 305; BGHZE 43, 34 = DÖV 65, 17 = NJW 65, 442 = DVBl. 65, 276

43) so auch Bettermann JZ 1966, 445, 446 (II 2); Schmitt BayVBl. 66, 304; anders Schunck-De Clerk 2. Aufl. 1967 § 40 Anm. 4 b qq S. 171, der zwischen von § 40 II 1 VwGO erfaßten (gesetzlichen) Pflichten und hiervon nicht erfaßten (vertraglichen) Verpflichtungen unterscheiden will. Vgl. im folgenden

44) so Schunck-De Clerk 2. Aufl. 1967 § 40 Anm. 4b qq S. 171

45) siehe die Anm. 41) Genannten

II. Die Entstehungsgeschichte des § 40 Abs. II VwGO

Etwas anderes könnte sich aber bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 40 Abs. II VwGO (= § 38 des Regierungsentwurfs zur VwGO) ergeben.
So wird die Ansicht[46] vertreten, unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten öffentlichrechtlichen Pflichten seien nur gesetzlich normierte Pflichten, d. h. also unter den genannten Schadensersatzansprüchen nur die Amtshaftungsanprüche zu verstehen.

A. Die Begrenzung des § 40 Abs. II VwGO auf gesetzlich begründete Pflichten

Diese Ansicht wird wie folgt begründet:
Aus den Materialien zu § 40 Abs. II VwGO (=§ 38 des Regierungsentwurfs[47]) und den übrigen

46) Eyermann-Fröhler 4. Aufl. 1965 § 40 Rdnr. 16 S. 157; Rdnr. 95 S. 150; Rdnr. 80; Schunck-De Clerk 1961 § 40 Anm. IV b mm S. 145; Wolff, H. J., VerwR I 5. Aufl. 1963 § 64 II 1 f

47) Die im Regierungsentwurf der VwGO noch nicht enthaltene Regelung (BT-DrS. II 55) des heutigen § 40 II 1 VwGO wurde auf Vorschlag des Bundesrats als § 169 a des Entwurfs mit der Begründung (BT-DrS. III 55 S. 61) eingefügt: "Im Hinblick auf § 38 des Entwurfs (entspricht dem heutigen § 40 I) ist es geboten, die Entscheidung über die hier genannten Ansprüche entsprechend der Rechtsprechung des BGH ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Außerdem entspricht die Vorschrift dem in Art. 14 Abs. III Satz 4 GG und Art. 34 Satz 3 GG niedergelegten Grundgedanken". Aufgrund dieser Anregung des Bundesrats fügte der Rechtsausschuß des Bundestags die heutige Regelung mit der Begründung (BT-DrS. III 1094 S. 5 zu § 38 des Entwurfs) ein, daß eine Bestimmung nötig sei, "nach der für solche öff.-rechtliche Streitigkeiten der ordentliche Rechtsweg erhalten bleibe, in denen ein enger Sachzusammenhang mit der Enteignung und Amtshaftung gegeben ist".

in § 40 Abs. II VwGO aufgezählten und in die Zivilgerichtsbarkeit verwiesenen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten ergebe sich, daß durch § 40 Abs. II VwGO nur die vor deren Inkrafttreten bestehende sogen. traditionelle Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Entscheidung einiger öffentlichrechtlicher Streitigkeiten habe erhalten, nicht aber eine neue Zuständigkeit[48] begründet werden sollen. Eine solche werde aber begründet, wenn man unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten Pflichten auch vertraglich begründete verstehe, da die Vorschrift insoweit im Hinblick auf Art. 34 GG nur klarstellenden Charakter habe.

Gegen diese Ansicht bestehen jedoch Bedenken:[49] Würden unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten Pflichten nur gesetzlich normierte verstanden, so wäre die Vorschrift überflüssig und sinnlos, da nämlich nach herrschender Meinung[50] für die insoweit in Betracht kommenden Amtshaftungsansprüche der Zivilrechtsweg bereits als durch Art. 34 Satz 3 GG[51] eröffnet galt.[49] Fallen auch vertragliche Ansprüche unter den Begriff der in § 40 Abs. II Satz 1 VwGO genannten öffentlichrecht-

---

48) LG Köln NJW 1965, 1440; Wilke Jus 1966, 481, 482; Bettermann in JZ 1966, 445, 446 zu d); dafür spricht die in Fußnote 45) zitierte Begründung des Rechtsausschusses des BTs (zu § 38 des Entwurfs in BT-Drs. III 1094 S. 5).

49) BGHZ MDR 63, 481 = DVBl. 63, 438; Wilke Jus 66, 482, 484 Fußn. 16; BGHZE 43, 277 = NJW 65, 1179, 1181; BGHZE 43, 34 = NJW 65, 442; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 69 f.; Redeker DÖV 1966, 546; Schmitt, BayVBl. 66, 304, 305; BayObLG DÖV 68, 808

50) s. BGHZ 9, 65; 1, 369/70, 371; Baumbach-Lauterbach 28. Aufl. 1965 § 13 GVG Anm. 6 C; Soergel-Siebert 9. Aufl. 1959 Einleitung Anm. 95; Ule, VwGO 2. Aufl. 1962 S. 95, 97; Schmitt BayVBl. 1966, 304, 306

51) Art. 34 Satz 3 GG: "Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschl. werden"

lichen Pflichten, so behält die Vorschrift insoweit wieder Sinn und Anwendungsbereich. Hätte der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 40 Abs. II Satz 1 VwGO unter "Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten" nur die Amtshaftungsansprüche verstanden wissen wollen, so hätte es nahegelegen, dies durch eine Verweisung auf § 839 BGB oder die Verwendung des eingebürgerten Begriffs "Amtspflichtsverletzungen" zum Ausdruck zu bringen[49a].

Der lediglich klarstellende Zweck des § 40 Abs. II 1 VwGO läßt sich demgegenüber auch nicht aus der Erwähnung der Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl folgern. Insoweit wiederholt § 40 Abs. II 1 VwGO nicht etwa die in Art. 14 III 4 GG ausgesprochene Rechtswegregelung, da nämlich Art. 14 GG nur die Enteignungsansprüche, nicht aber die sogen. Aufopferungsansprüche betrifft[52].

49a) so mit Recht auch BayObLG DÖV 1968, 808

52) Dagegen erscheint das Argument, die Zuweisung der Schadensersatzansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen an die Zivilgerichte sei sinnvoll, weil die Zivilgerichte eine größere Erfahrung mit Schadensersatzprozessen hätten (so Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70; Brückler DRiZ 1964, 372), nicht stichhaltig. Die Verwaltungsgerichte sind hinreichend in der Entscheidung von Schadensersatzprozessen bewandert, man denke nur an die (häufigen) Prozesse wegen der Schadensersatzpflicht des Dienstherrn wegen Verletzung der (beamtenrechtlichen) Fürsorgepflicht (BVerwG NJW 1965, 984; DVBl. 1963, 677, 678; BVerwGE 13, 17, 21 = DVBl. 1962, 181; BGHZ NJW 1965, 1177 mit Abweichung von BGHZE 29, 310; zum öff. -rechtl. Schadensersatzanspruch auch BVerwG in Recht im Amt 1967, 110; ferner OVG Koblenz DVBl. 1964, 773); Wilke Jus 1966, 481, 482.

Vor allem aber sprechen folgende Erwägungen dafür, unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten öffentlichrechtlichen Pflichten auch vertraglich begründete zu verstehen:

Es ist denkbar, daß durch einen Vertrag bestehende gesetzliche Pflichten nur modifiziert[52a)] werden. Dann kann Streit darüber entstehen, ob der modifizierte oder nicht modifizierte Teil der Pflichten und somit vertragliche oder gesetzliche Pflichten verletzt sind, weshalb die Möglichkeit des falschen Rechtswegs und damit die Gefahr der Verjährung droht. Das wäre ein unerfreuliches Ergebnis.

Vor allem spricht gerade der von allen[53)] Vertretern dieser Ansicht betonte Gesichtspunkt der Sachnähe des geltend gemachten vertraglichen Schadensersatzanspruchs zu dem Amtshaftungsanspruch in einem solchen Fall für die Anwendung des § 40 Abs. II VwGO auch auf vertragliche Schadensersatzansprüche.

Der Hinweis auf die (ebenfalls mögliche) Sachnähe des vertraglichen Schadensersatzanspruchs zu den Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der (beamtenrechtlichen) Fürsorgepflicht schlägt insoweit nicht durch, da die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für die Entscheidung derartiger Schadensersatzprozesse auf den besonderen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 40 II 2 VwGO; 126 BRRG; 172 BBG; 59 II SoldG beruht, die auch Geltung für die Schadensersatzansprüche aus der Verletzung der im Beamtenrecht geschlossenen öffentlichrechtlichen Verträge erheischen[53a)].

52a) Wie etwa in BGHZE 43, 34=NJW 65, 442

53) Wilke Jus 1966, 481, 482; BGHZE 43, 34=NJW 65, 442; BGH DVBl. 1863, 438=MDR 63, 481; BGH NJW 65, 1179; Gäthgens DRiZ 1965, 131;

53a) BVerwG Recht im Amt 1967, 110 (die dort für die Nichteinhaltung von Zusagen (Verwaltungsakten) hervorgehobenen Gesichtspunkte gelten auch für eine vertragliche Regelung); BVerwGE 13, 17

Andererseits ist es nicht zutreffend, für die Anwendung bzw. Nichtanwendung des § 40 II 1 VwGO auf die Sachnähe[54] mit (möglichen) ideell konkurrierenden sonstigen Ansprüchen abzustellen[55]. Das würde zu einer erheblichen Unsicherheit führen, zumal wenn bei den Partnern des öffentlichrechtlichen Vertrags ein Parteiwechsel (Abtretung; Schuldübernahme oder -mitübernahme) stattgefunden hat, weil nicht einzusehen ist, daß dieser auch zu einer Änderung der Entscheidungszuständigkeit für die entstehenden Schadensersatzansprüche führen sollte[56]. Der Rechtssicherheit, die zunächst Klarheit erfordert, ist am besten gedient, wenn § 40 II 2 VwGO so verstanden wird, daß alle entsprechenden Streitigkeiten in den Zivilrechtsweg gehören.

Der Einwand, die Zivilgerichte müßten, falls sie gem. § 40 II 1 VwGO über alle auf Schadensersatzleistung wegen Verletzung öffentlichrechtlicher Verträge gerichteten Ansprüche zu befinden hätten, - unzulässigerweise[57] - u. U. die

---

54) die im übrigen heute kein legitimer Kompetenztitel mehr ist, worauf Bettermann JZ 1960, 335, 342 zu Recht hinweist

55) so aber Bettermann JZ 1966, 445, 446

56) Es besteht dann die Gefahr divergierender Entscheidungen, wenn der gleiche Prozeß, soweit er sich gegen die öffentliche Hand richtet, bei den Zivilgerichten, im übrigen aber bei den Verwaltungsgerichten anhängig ist; ferner entstehen Schwierigkeiten bei Gesamtschuldnerschaft und Widerklage

57) siehe für alle BGHZE 34, 99; Rupp NJW 61, 811; Helle NJW 61, 1157; Palandt Gramm 25. Aufl. 66 § 839 -10b; BVerwG DÖV 1968, 429 (grundsätzlich); Tsatsos Jus 1962, 98 ff; BGHZ DVBl. 1963, 439 u. VersR 1963, 676

öffentliche Hand auch (im Wege der Naturalrestitution) zur Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen und Verwaltungsakten verurteilen[58], greift nicht durch; die Gesichtspunkte, die die h. M.[57] insoweit veranlaßten, den Zivilgerichten bei Amtshaftungsprozessen derartige Maßnahmen zu untersagen, liegen hier nicht vor, da es hier weder (wie bei der Amtshaftung) darum geht, daß die öffentliche Hand in die Verbindlichkeit eines anderen (des Beamten) eintritt, noch sie in die Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte eingreift, da ja diese durch § 40 II 1 VwGO (um dessen Verständnis es hier geht) eingegrenzt wird und - nach hiesiger Ansicht - insoweit ein (weiterer[59]) Teil der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten den Zivilgerichten ausdrücklich zugewiesen ist.[59a]

Es würde im übrigen auch dem Zweck des § 40 II 1 VwGO widersprechen, der augenscheinlich durch ausdrückliche Rechtswegregelung den vor Inkrafttreten der VwGO bestehenden leidigen Streit über den Umfang der sogen. traditionellen Zuständigkeit der Zivilgerichte in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten ein für alle Mal durch eine neue Regelung aus der Welt schaffen[60] wollte, demgegenüber durch die Hintertür der einschränkenden Auslegung[61] des Begriffs "öffentlichrechtliche Pflichten" im Sinne der gesetzlich normierten Pflichten

---

58) so Bettermann JZ 1966, 445, 446 zu II 2 b aa

59) weitere Zuweisungen an die Zivilgerichte weist Stich in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 387 ff. nach

60) Lerche in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70; das muß im übrigen auch Wilke Jus 66, 481, 482 einräumen, der aber die (der frühere Kreis der Rechtszuständigkeiten kraft Tradition) "bewahrende "Funktion" des § 40 II 1 VwGO überbewertet

59a) Ähnliches klingt an in BGHZ LM § 13 GVG Nr. 70 u. BVerwG NJW 1967, 2128 Jus 68, 95(6)

diesen Streit wieder aufzuwerfen.
Zudem werden auch allgemein anerkannte Auslegungsprinzipien verletzt, wenn unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der VwGO die einschränkende Auslegung des Begriffs der öffentlichrechtlichen Pflichten in § 40 Abs. II VwGO gefordert wird.
Mit zunehmendem Alter des Gesetzes werden dessen Entstehungsgeschichte und nicht im Wortlaut niedergelegter Zweck immer unwichtiger, weil der Wortlaut des Gesetzes allein und nicht sein Zweck für die ausgesprochene Regelung maßgebend ist. Aus diesem Grunde kann, wie allgemein[62] anerkannt ist, die Entstehungsgeschichte und der nicht im Wortlaut niedergelegte Zweck eines Gesetzes nur insoweit zu dessen Auslegung herangezogen werden, als es sich um die Bestätigung eines bereits durch Anwendung einer anderen Auslegungsmethode herausgefundenen Ergebnisses oder zur Klarstellung der durch andere Auslegungsmethoden nicht behebbaren Schwierigkeiten der Erfassung des Sinngehalts einer Norm handelt. Auslegung setzt aber einen unklaren Wortlaut voraus. Dieser liegt hier aber nicht vor. Denn der Begriff der öffentlichrechtlichen Pflichten in § 40 Abs. II VwGO ist eindeutig und läßt keinen Zweifel daran, daß jede Art öffentlichrechtlicher Pflichten[63] gemeint sind.

---

61) wie sie u. a. von Wilke Jus 66, 481, 482; Bettermann JZ 66, 445, 446; Schmitt BayVBl. 1966, 304, 306 befürwortet wird

62) BVerfGE 8, 210, 221=NJW 58, 2059; BVerfGE 8, 275=NJW 59, 475; BVerfGE 1, 299, 312=NJW 52, 737; StGH Bremen NJW 66, 36; BayVGH Bay VBl. 1955, 94; Maunz Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl. 1968 § 9 II 1 S. 50; Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 1958 § 8 II 3 b ß S. 55

63) so auch Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70; Brückler DRiZ 64, 373; Gäthgens DRiZ 65, 131; vom Wortlaut ausgehend insoweit zust. Schmitt BayVBl. 66, 304/5; Forts.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, daß auch Schadensersatzansprüche aus vertraglich begründeten öffentlichrechtlichen Pflichten unter § 40 Abs. II VwGO fallen[63a].

B. Die Begrenzung des § 40 Abs. II VwGO auf gegen den Staat gerichtete Schadensersatzansprüche

Aber auch von denjenigen, die mit der hier vertretenen Ansicht unter den in § 40 Abs. II VwGO genannten Pflichten auch vertraglich begründete öffentlichrechtliche Pflichten verstehen, wird die Anwendung dieser Vorschrift in einem Teil der möglichen Fallkonstellationen abgelehnt.

So wird etwa in der Rechtsprechung[64] die Anwendung des § 40 Abs. II VwGO und damit die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs auf gegen den Staat gerichtete Schadensersatzansprüche beschränkt.

Als Begründung wird angeführt, aus der Entstehungsgeschichte des § 40 Abs. II VwGO und den übrigen dort genannten Ansprüchen ergebe sich, daß diese Vorschrift - entsprechend der vor ihrer Geltung herrschenden Zuständigkeit der Zivilgerichte kraft Tradition - nur solche Ansprü-

---

63) anders Schunck-De Clerk Fußn. 43)

63a) s. auch OVG Lüneburg DÖV 68, 803

64) BGH NJW 1965, 1179; LG Köln NJW 65, 1440; Brückler DRiZ 1964, 373; Wolff, VerwR III § 170 II c 9 S. 370; Bettermann JZ 1966, 445, 446 zu II 2 b bb; BGHZE 43, 277; BVerwGE 18, 78; OVG Bremen KStZ 1965, 181; Menger Erichsen VerwArch 1966, 76

che erfassen wolle, bei denen die Sachnähe zum Amtshaftungsanspruch gegeben sei.
Konsequenterweise würde diese Auffassung zu dem Ergebnis führen, daß § 40 Abs. II VwGO nur die von einem Bürger oder einem Staatsorgan gegen ein Staatsorgan gerichteten Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines öffentlichrechtlichen Vertrags erfassen würde, da nur bei solchen Ansprüchen aus dem ihnen zugrundeliegenden Sachverhalt zugleich auch ein Amtshaftungsanspruch resultieren kann.
Dagegen würden die von einem Bürger oder einem Staatsorgan gegen einen bürgerlichen Vertragspartner erhobenen Schadensersatzansprüche, da sich aus dem ihnen zugrundeliegenden Sachverhalt ein Amtshaftungsanspruch nicht ergeben kann und somit diesen Schadensersatzansprüchen die Sachnähe zum Amtshaftungsanspruch fehlte, in den Verwaltungsgerichtsweg gehören.
Dieser Ansicht dürfte jedoch kaum zu folgen sein, und zwar aus folgenden Gründen:
Es wurde bereits ausgeführt[65], daß gegen allgemein anerkannte Auslegungsregeln verstoßen wird, wenn entgegen dem klaren Wortlaut des § 40 Abs. II VwGO zur Rechtfertigung einer einschränkenden Auslegung dieser Vorschrift auf deren Entstehungsgeschichte zurückgegriffen wird, die im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat.

Es wurde ferner bereits darauf hingewiesen[66], daß § 40 Abs. II VwGO nicht - wie in der Rechtsprechung[67] angenommen wird -

---

65) oben S. 34, Fußn. 62
66) oben S. 29-31
67) BGH NJW 65, 1179; auch Wilke Jus 66, 481, 482

lediglich deklarativen Charakter hat.
Da Art. 14 Abs. III Satz 4 GG lediglich die Enteignungsansprüche dem Zivilrechtsweg zuweist, ist für die beiden anderen in dieser (§ 40 II 1 VwGO) Vorschrift genannten Anspruchsgruppen (Aufopferung und öffentlichrechtliche Verwahrung) der Zivilrechtsweg in keiner anderen gesetzlichen Bestimmung eröffnet; angesichts § 40 Abs. I VwGO war deshalb eine konstitutive Rechtswegregelung notwendig.
Zudem würde, wollte man § 40 Abs. II VwGO lediglich klarstellenden Charakter beilegen und deshalb im Wege der Auslegung auf die - auch nie unbestrittene - Reichweite der vor Geltung der VwGO herrschenden Zuständigkeit der Zivilgerichte kraft Tradition zurückgreifen, man diesen leidigen[68] Streit um die Reichweite dieses leidigen Rechtsinstituts der sogen. traditionellen Zuständigkeit der Zivilgerichte in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten wieder entfachen, was - wie oben ausgeführt wurde[69] - durch die in § 40 Abs. II VwGO und den in allen entsprechenden Verfahrensgesetzen[70] niedergelegte ausdrückliche Zuständigkeitsabgrenzung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten gerade vermieden werden sollte.
Es wurde auch bereits darauf hingewiesen[71], daß die Zuständigkeit der Zivilgerichte für die

---

68) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70
69) oben S. 33 f.
70) z. B. § 13 GVG, 2 ArbGG etc.
71) oben S. 31 f.

Entscheidung aller, somit auch der gegen einen Bürger gerichteten Schadensersatzprozesse zwar nicht wegen der größeren Erfahrung dieser Gerichte in Schadensersatzprozessen, jedenfalls aber auch deshalb sachgerecht und vernünftig ist, weil es sich häufig nur um vertraglich modifizierte öffentlichrechtliche (gesetzliche) Pflichten handelt und sodann zweifelhaft sein mag, ob gerade der modifizierte Teil der gesetzlichen oder (nun) vertraglichen Pflicht verletzt ist, also zweifelhaft sein kann, welcher Rechtsweg nun im Einzelfall gegeben ist.

Es würde zudem eine unerfreuliche Aufspaltung in der Beurteilung der Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Verträge darstellen, wenn entgegen dem klaren Wortlaut des § 40 Abs. II VwGO solche Schadensersatzansprüche je nach der Person des Schuldners teils vor die Zivilgerichte, teils vor die Verwaltungsgerichte gehörten. Dieses Ergebnis wäre besonders dann mißlich, wenn beide Vertragsparteien einander Vertragsverletzungen vorwerfen und gegeneinander Klage erheben wollen, weil so die Gefahr verschiedener Urteilsfällung in den verschiedenen Rechtswegen bestünde.

Gegen die Auffassung, daß die gegen den Bürger gerichteten Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung öffentlichrechtlicher Verträge in dem Verwaltungsgerichtsweg geltend zu machen sind, spricht nicht auch zuletzt folgendes:

Abgesehen von der höchst umstrittenen[72] Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für die

---

72) s. BVerwG MDR 1966, 172 und andererseits BGH DVBl. 1965, 398=MDR 65, 464

Entscheidung über die Entschädigungsansprüche aus dem Viehseuchengesetz - die wegen der dagegen mit nicht von der Hand zu weisenden Gründen gerichteten Einwendungen insoweit nicht zur Widerlegung des Folgenden herangezogen werden kann - wäre die von der Gegenmeinung befürwortete Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in der Entscheidung über gegen den Bürger gerichtete Schadensersatzansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen der einzige Fall[73] einer Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung der sonst völlig den Zivilgerichten zugewiesenen, nicht beamtenrechtlichen[74] Entschädigungs- und Schadensersatzprozesse.

Daß dieses sonderbare Ergebnis angesichts des klaren Wortlauts des § 40 Abs. II VwGO richtig sein soll, vermag nicht zu überzeugen.

Aus allen diesen Gründen ist deshalb die Ansicht, der Rechtsweg zu den Zivilgerichten sei nach § 40 Abs. II VwGO nur für die Geltendmachung der gegen den Staat gerichteten Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Verträge eröffnet, während für die Geltendmachung der gegen den Bürger gerichteten Schadensersatzansprüche dieser Art der Verwaltungsgerichtsweg offen stehe, abzulehnen.

Für alle[75] aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Verträge hergeleiteten Schadensersatzansprüche ist somit nach § 40 Abs. II VwGO der Zivilrechtsweg eröffnet.

---

73) so Weber NJW 1956, 887; in der Argumentation gegen BVerwGE 7, 257

74) Diese sind hier, da sie auf der besonderen gesetzlichen Zuweisung der §§ 40 II 2 VwGO; 126 I BRRG; 172 BBG; 59 SoldG; 46 DRiG beruhen, als atypisch außer Betracht zu lassen.

75) so auch Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70; Gäthgens DRiZ 65, 131; Redeker DÖV 66, 546; OVG Lüneburg DÖV 68, 803

3. Abschnitt: Die Durchsetzung der in einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche

Die Parteien eines koordinationsrechtlichen Vertrags können neben den dem öffentlichen Recht unterfallenden Sachverhalten im Vertrag auch andere, etwa dem bürgerlichen Recht zugehörige Sachverhalte mitregeln[1].
Deshalb ist zu prüfen, wie diese aus einem dem bürgerlichen Recht unterfallenden Sachverhalt resultierenden Ansprüche der Vertragsparteien durchzusetzen sind.

1. Titel: Die Rechtsnatur der Ansprüche

Diese Ansprüche, die aus einem solchen den Regeln des Privatrechts unterworfenen Sachverhalt resultieren, sind ebenfalls privatrechtlicher Natur[1].
Da durch die Aufnahme einer nach Privatrecht zu beurteilenden Vereinbarung in einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts der dieser Vereinbarung zugrundeliegende Sachverhalt nicht den Regeln des öffentlichen Rechts unterstellt wird, ändert sich die privatrechtliche Natur der durch die Vereinbarung entstandenen oder abgeänderten Ansprüche durch die Hereinnahme in einen öffentlichrechtlichen Vertrag nicht. Diese Ansprüche bleiben auch weiterhin bürgerlichrechtliche Ansprüche[2].

---

1) Stern AöR 84, 323, 324/5 bes. Fußn. 170
2) Redeker DÖV 1966, 545; Stern AöR 84, 324/5

2. Titel: Die Klage

I. Allgemeines und Rechtsweg

Auch für die Durchsetzung dieser in einem koordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Vertrag mitgeregelten bürgerlichrechtlichen Ansprüche kommt zunächst die klageweise Geltendmachung in Betracht.
Für den zu beschreitenden Rechtsweg kommt es auf die Rechtsnatur des eingeklagten Anspruchs an.
Da die einzuklagenden Ansprüche privatrechtlicher Natur sind, handelt es sich um eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit, für die nach § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.
Da es sich bei den die Zulässigkeit des Rechtswegs bestimmenden Vorschriften der §§ 13 GVG, 40 VwGO um zwingendes Recht[3] handelt, können die Parteien auch nicht wirksam vertraglich etwas Abweichendes vereinbaren.

II. Das Rechtsschutzbedürfnis

Entsprechend dem oben Ausgeführten[4] ist die Klage wegen Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn der Kläger seinen Anspruch auf einem anderen Wege einfacher, billiger und schneller durchsetzen kann.

---

3) Allgemeine Meinung, s. etwa Klinger 2. Aufl. 1964 § 40 VwGO Anm. A IV S. 129 (Nachweise); Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl. 1960 § 11 III 1 S. 44; H. J. Wolff VerwR III 2. Aufl. §170 III b;Koehler, § 40 VwGO Anm. VI S. 184; Schunck-De Clerk 2. Aufl. 1964 § 40 Anm. A II S. 166; Baumbach-Lauterbach, 27. Aufl. 1963, § 13 GVG - 1 A, B mit Nachweisen

4) S. 3 ff. zu II, S. 10 f. zu C

A. Der sogen. Insichprozeß

Wegen der Behandlung der Fälle, in denen beide Vertragspartner einer gemeinsamen, weisungsbefugten staatlichen Stelle unterstehen (Problem des Insichprozesses), kann auf die obigen Ausführungen[5] verwiesen werden; auch hier gilt nichts anderes.

B. Die Anrufung einer weisungsbefugten vorgesetzten Behörde durch den Vertragsgläubiger

Wie oben[6] bereits ausgeführt wurde, fehlt einer Leistungsklage des Vertragsgläubigers (Bürger oder öffentliche Hand) nicht schon deshalb das Rechtsschutzinteresse, weil die Möglichkeit besteht, sich an eine dem Vertragsschuldner vorgesetzte staatliche Stelle mit der Bitte zu wenden, den Vertragsschuldner zur Vertragserfüllung anzuweisen.

C. Die Durchsetzung des privatrechtlichen Anspruchs im Wege des Verwaltungszwangs

Einer vom Staat gegen den Bürger erhobenen Leistungsklage würde aber das Rechtsschutzinteresse fehlen, wenn der Kläger seine Forderung im Wege des Verwaltungszwangs nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen durchsetzen könnte.
Da - wie die einschlägigen Verwaltungsvollstreckungsgesetze ergeben - der Verwaltungszwang aber nur zur Durchsetzung öffentlichrechtlicher

5) S. 4 f zu A
6) S. 7 f zu B

Forderungen in Frage kommt, es sich hier aber um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche handelt, kommt die Anwendung von Verwaltungszwang nicht in Betracht.
Wie oben ausgeführt wurde[7], können die Parteien des koordinationsrechtlichen Vertrags den Anwendungsbereich der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auch nicht vertraglich erweitern.

Aus diesem Grunde kann die erhobene Klage also auch nicht wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein, weil etwa die Anwendung von Verwaltungszwang in Frage kommt.

D. Die vertragliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Ziff. 5 ZPO

Da es sich hier um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche handelt, gilt § 794 Ziff. 5 ZPO unmittelbar. Die Vertragsparteien können sich bezüglich des privatrechtlichen Anspruchs unter den in § 794 Ziff. 5 ZPO gemachten Voraussetzungen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Ist das geschehen, so fehlt einer gleichwohl erhobenen Leistungsklage das Rechtsschutzinteresse; die Klage ist also unzulässig, da der Kläger bereits im Besitz eines Vollstreckungstitels ist, aufgrund dessen er seinen Anspruch leichter, einfacher und schneller als durch Klageerhebung unter Inanspruchnahme der üblichen Vollstreckungsorgane der ZPO durchsetzen kann.

---

7) oben S. 15/16 zu 2 a

3. Titel: Die entsprechende Geltung dieser Grundsätze auch für die Durchsetzung etwaiger privatrechtlicher Schadensersatzansprüche

Diese bisher festgestellten Ergebnisse gelten, da insoweit kein erheblicher Unterschied besteht, ebenso für die privatrechtlichen Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung einer in einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts enthaltenen privatrechtlichen Verpflichtungen.

4. Titel: Ergebnis

Die in einem koordinationsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche und die durch Verletzung derartiger Ansprüche entstandenen privatrechtlichen Schadensersatzansprüche sind im Wege der vor den Zivilgerichten zu erhebenden Klage durchzusetzen, falls nicht der Kläger bereits einen Vollstreckungstitel - etwa in Gestalt einer vollstreckbaren Urkunde im Sinne des § 794 Ziff. 5 ZPO - besitzt.

4. Abschnitt: Die Durchsetzung der sich aus gerichtlichen Vergleichen ergebenen vertraglichen Ansprüche

Der vor einem Gericht zur Beendigung eines Rechtsstreits abgeschlossene Vergleich der

Parteien besitzt eine rechtliche Doppelnatur[1]) er ist sowohl eine prozessuale Handlung, die die Rechtshängigkeit des eingeklagten Anspruchs unmittelbar beendet, als auch ein echter von den Prozeßparteien geschlossener Vertrag.

Bezieht sich dieser Vertrag auf Sachverhalte, die von der Rechtsordnung öffentlichrechtlich geregelt sind, so ist der Vergleich ein öffentlichrechtlicher Vertrag.

Für die Durchsetzung der sich aus einem derartigen öffentlichrechtlichen Vergleichsvertrag ergebenen Ansprüche der Parteien gelten angesichts der gesetzlichen Regelung der §§ 167 ff. VwGO einige Besonderheiten, die im folgenden zu untersuchen sind.

Da ein Vergleich sowohl vor einem Verwaltungsgericht als auch vor einem Zivilgericht geschlossen werden kann, sollen diese Fälle getrennt untersucht werden, und zwar beginnend mit dem vor einem Verwaltungsgericht geschlossenen Vergleichsvertrag.

1. Titel: Der vor den Verwaltungsgerichten geschlossene Vergleichsvertrag

I. Die Vollstreckung

Nach § 168 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO ist der gerichtliche Vergleich ein Vollstreckungstitel. Eine auf die im Vergleich versprochene Leistung gerichtete Klage ist deshalb wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

Das gilt zunächst sicher für die im Vergleich

1) h. M. s. BVerwGE 10, 110; OVG Münster AS 09, 177; Nr. 47; BSG DVBl. 1964, 31

enthaltenen öffentlichrechtlichen Ansprüche, die die zur Regelung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten geschaffene VwGO zunächst im Auge hat.

Es wurde aber nun bereits ausgeführt[2], daß in jedem öffentlichrechtlichen Vertrag, so also auch in einem Vergleichsvertrag[3], auch privatrechtliche Sachbereiche betreffende Vereinbarungen enthalten sein können.

Das dürfte auch dann als zulässig anzusehen sein, wenn es sich um einen vor den Verwaltungsgerichten geschlossenen Vergleichsvertrag handelt.

Die Gegenmeinung[4], die - offenbar im Hinblick auf die zwingende Natur der Rechtswegregelungen der §§ 13 GVG, 40 VwGO - es für unzulässig ansieht, in einem vor den Verwaltungsgerichten geschlossenen Vergleich eine Regelung über Ansprüche aufzunehmen, die unstreitig vor den Verwaltungsgerichten nicht verfolgt werden können, vermag nicht zu überzeugen.

Die hierfür zitierte Rechtsprechung, die sämtlich aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der VwGO, bzw. FinGO bzw. SGG stammt, ist durch diese (neueren) Verfahrensvorschriften überholt.

---

2) oben S. 40 unter 3. Abschnitt

3) h. M. s. VG Freiburg NJW 1965, 2073; Stern AöR 84, 325; Kniesch Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 zu J I; anders aber Eyermann-Fröhler § 168 Rdnr. 6 zu 1c

4) Eyermann-Fröhler, 4. Aufl. 1965 § 168 VwGO Rdnr. 6 zu 1c S. 726/7; § 106 Rdnr. 2 zu I 1 S. 522; OVG Münster NJW 53, 896; Bettermann NJW 1953, 1007

Bedenken aus dem Gedanken der Abgrenzung der Rechtsweg nach diesen Bestimmungen greifen nicht durch, da es insoweit gar nicht darum geht, einen - bürgerlichrechtlichen - Anspruch entgegen den §§ 13 GVG, 40 VwGO den Verwaltungsgerichten zur Streitentscheidung zuzuweisen, das Verwaltungsgericht vielmehr lediglich beurkundend tätig wird.

Aber auch die Tatsache, daß der vor den Verwaltungsgerichten geschlossene Vergleich durch Aufnahme der bürgerlichrechtlichen Regelung über den Streitgegenstand des Verwaltungsstreitverfahrens hinausgeht, ist nicht bedenklich. Dem Zweck des Vergleichs[5], eine endgültige Streitbeilegung aller zwischen den Parteien bestehenden Differenzen zu erreichen, wird insoweit nur gedient. Vor allem jedoch ergibt sich aus der Doppelnatur[6] des Vergleichs als materielles Rechtsgeschäft und prozessuale Handlung, daß die prozessuale Gestaltungsfreiheit so weit gehen muß wie die materielle[7].

Daß ein vor den Verwaltungsgerichten geschlossener Vergleich somit auch die Regelung bürgerlichrechtlicher Ansprüche umfaßt, ist somit als

---

5) Kion in NJW 1966, 2021

6) Lüke Jus 1965, 482; OLG Celle MDR 54, 746; Bonin, Der Prozeßvergleich, 1957, S. 154

7) Thomas-Putzo 2. Aufl. 1965 § 794 ZPO Anm. 5; Stein-Jonas-Schönke-Pohle 18. Aufl. 1956 § 794 ZPO Anm. II 3 b; Rosenberg, 9. Aufl. 1961 § 128 I 2 c; Bähr in Jus 1967, 141 zu Nr. 8

zulässig anzusehen[8].

Es fragt sich deshalb, ob der vor dem Verwaltungsgericht geschlossene öffentlichrechtliche Vergleichsvertrag auch für diese in ihm enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche, die an sich - wie ausgeführt wurde[9] - klageweise vor den Zivilgerichten verfolgt werden müssen, ein Vollstreckungstitel[10] ist.

Der Wortlaut des § 168 Abs. I Ziff. 3 VwGO beschränkt seine Geltung nicht auf nur öffentlichrechtliche Ansprüche. Das spricht dafür, daß der vor den Verwaltungsgerichten geschlossene Vergleich auch für die in ihm enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche ein Vollstreckungstitel ist. Diese Annahme erscheint auch, da hierdurch die Bereitschaft zum Vergleichsabschluß und damit zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten gefördert werden, vernünftig.

Fraglich ist aber, ob für beide Arten der Ansprüche die gleichen Vollstreckungsregeln gelten und welches Gericht - das Verwaltungsgericht oder das Zivilgericht - als Vollstreckungsgericht im Sinne des Vollstreckungsrechts[11] anzusehen ist.

---

8) wie hier die h. M., s. Rosenberg 8. Aufl. 1961 § 128 I 2 b S. 624; Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. 1963 § 307 ZPO Anhang 2 B S. 583/4 (auch prozeßunbeteiligte Dritte können sich am Vergleich beteiligen); OVG Münster DVBl. 1965 406; VG Freiburg NJW 1965, 2073; Klinger, 2. Aufl. § 106 VwGO Anm. C II 2, § 168 Anm. B III S. 734; Schunck-De Clerk, 2. Aufl. 1964 § 168 Anm. 1 c S. 692; Ule, 2. Aufl. 1962 § 168 Anm. I S. 520; OVG Münster AS 10, 104; Redeker-von Oertzen, 2. Aufl. § 106 Rdnr. 4 und Rdnr. 11 S. 584; OVG Lüneburg AS 3, 234; Wolff VerwR III 2. Aufl. 1967 § 177 Anm. I b 1 S. 454; OLG Hamm NJW 53, 1028

9) oben S. 41 zu Titel 2 zu I

10) verneinend: Eyermann-Fröhler § 168 Rdnr. 6 zu 1c; bejahend: die h. M. s. Kniesch in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 zu J I; VG Freiburg NJW 1965, 2073 und die zu Fußn. 8) Genannten

11) s. §§ 168 ff. VwGO; 724, 727 ff. ZPO

A. Die Vollstreckung der öffentlich-rechtlichen Ansprüche

Die Vollstreckung der in dem vor einem Verwaltungsgericht geschlossenen Vergleichsvertrag enthaltenen öffentlichrechtlichen Ansprüche richtet sich, wie hier nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, nach den §§ 168 ff. VwGO.

Vollstreckungsgericht im Sinne der §§ 724 ff. ZPO, 167 Abs. I Satz 1 VwGO ist das Verwaltungsgericht des 1. Rechtszuges, das also z. B. die nach den §§ 724 ff. ZPO, 167 Abs. I Satz 1 VwGO erforderliche Vollstreckungsklausel zum Vergleich erteilt.

B. Die Vollstreckung der privat-rechtlichen Ansprüche

Ob zur Vollstreckung der in einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche die Verwaltungsgerichte oder die Zivilgerichte berufen sind, ist höchst umstritten[12].

12) Für die Zuständigkeit der Zivilgerichte: Bettermann NJW 53, 1007; OVG Münster NJW 54, 896; JZ 54, 549; Hans in DVBl. 1951, 724; Rosenberg, Lehrbuch des Dt. Zivilprozeßrechts 9. Aufl. § 169 III 1 S. 882; Eyermann-Fröhler § 168 Rdnr. 6 zu 1c
Für d. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte: VG Freiburg NJW 65, 2073; Schunck-De Clerk § 168 Anm. 1c; § 168 Anm. I 5 S. 520; Kniesch Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 J I; Wolff VerwR. III § 177 I b 1 S. 453; OVG Münster AS 10, 104; OLG Hamm NJW 53, 1028; OVG Lüneburg AS 3, 234; OVG Münster ZMR 1955, 150 Nr. 74
unklar: Schönke JZ 1953, 342

Die Entscheidung dieser Frage läßt sich nicht mit dem Hinweis darauf vermeiden, daß die VwGO in § 167 Abs. I Satz 1 ohnehin auf das 8. Buch der ZPO verweise, so daß ohnehin für beide Rechtswege die gleichen Vollstreckungsvorschriften gelten, der Streit um das zur Vollstreckung berufene Gericht also überflüssig sei.

Denn die besonderen Vollstreckungsvorschriften der §§ 168 ff. VwGO gelten, wie die entsprechende Regelung des § 883 a ZPO für die Zivilgerichte zeigt, nur für die Verwaltungsgerichte. Außerdem muß das zuständige Vollstreckungsgericht schon aus anderen Gründen (z. B. für die Rechtsbehelfe des § 766 ZPO) feststehen.

Zur Begründung der Zuständigkeit der Zivilgerichte wird auf die privatrechtliche Natur des zu vollstreckenden Anspruchs verwiesen[13].

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Vollstreckungsorgan aus dem Vollstreckungstitel nicht entnehmen könne, welcher Rechtsnatur der beizutreibende Anspruch sei. Mit der Entscheidung dieser mitunter nicht einfachen Frage ist das Vollstreckungsorgan - man denke nur an den Gerichtsvollzieher ! - auch überfordert, das Vollstreckungsverfahren für diese Prüfung auch nicht eingerichtet.

Maßgebend für die Frage, welches das zur Vollstreckung berufene Gericht ist, muß deshalb die leicht erkennbare äußere Form des Titels sein: Stammt dieser von den Verwaltungsgerichten, so sind diese zur Vollstreckung aller im Titel enthaltenen - auch der privatrechtlichen - Ansprüche berufen[14].

---

13) Bettermann NJW 53, 1007

14) so auch Kniesch Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 J I

Weiter wird eingewandt, die nach der VwGO anzuwendenden Verwaltungsvollstreckungsgesetze dienten nur zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Forderungen[15].

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß deshalb, weil dem Gesetzgeber der VwGO die Möglichkeit der Aufnahme privatrechtlicher Ansprüche in einen verwaltungsgerichtlichen Vergleich nicht unbekannt sein konnte[16], auch nicht anzunehmen ist, daß er die Vollstreckung derartiger Ansprüche in § 168 Abs. I Ziff. 3 VwGO nicht zulassen wollte. Eine derartige Einschränkung auf nur verwaltungsgerichtliche Ansprüche ist dem § 168 Abs. I Ziff. 3 VwGO außerdem nicht zu entnehmen. Zudem handelt es sich im Rahmen der gerichtlichen Zwangsvollstreckung nur um eine entsprechende Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze, so daß insoweit keine Bedenken gegen ihre Anwendung auch zur gerichtlichen Vollstreckung privatrechtlicher Ansprüche aus verwaltungsgerichtlichen Titeln bestehen, da sie eben nur das Verfahren[17], nicht die Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckungsgesetze für eine Vollstreckung übernehmen.

Zuständig für die Durchführung der Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel sind somit immer die Verwaltungsgerichte, auch bezüglich der darin enthaltenen zivilrechtlichen Ansprüche[18].

---

15) Bettermann NJW 53, 1007; Hans DVBl. 51, 724

16) OVG Lüneburg AS 3, 234

17) Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 85 II 5 stellt diese Erwägung in einem anderen Zusammenhang an.

18) so auch Schunck-De Clerk § 168 Anm. 1c; Eyermann-Fröhler § 168 Rdnr. 6 - anders die in Fußn. 12) zuerst genannten; wie hier die dort an 2. Stelle genannten, S. 49

II. Die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung

Es ist möglich, daß der Vergleichsschuldner geltend macht, der im Vergleich enthaltene und jetzt vollstreckte Anspruch habe nie bestanden, da der Vergleichsvertrag von Anfang an unwirksam gewesen sei, oder einwendet, der zu vollstreckende Anspruch sei nach Vergleichsabschluß etwa durch Erfüllung, Aufrechnung oder ähnliches untergegangen.

A. Ursprüngliche Unwirksamkeit des Vergleichs

Ist der Vergleichsvertrag von Anfang an unwirksam, so ist das auch von Einfluß auf die prozeßbeendigende Wirkung des gerichtlichen Vergleichs: Der Rechtsstreit, zu dessen Beilegung der Vergleich abgeschlossen wurde, ist noch rechtshängig und muß noch beendet werden. Wie allgemein anerkannt[19] wird, ist dieser Einwand deshalb durch Einreichung eines Schriftsatzes beim Prozeßgericht in der Instanz geltend zu machen, in der der angegriffene Vergleich geschlossen wurde. Da dieses Gericht ein Verwaltungsgericht ist, spricht es auch für die

19) OVG Münster AS 9, 177 Nr. 47; OVG Lüneburg AS 7, 447 Nr. 42; BSG MDR 1958, 801= AS 7, 279; BVerwG DÖV 1962, 423; Wolff VerwR III § 171 VI b S. 387; BGHZE 28, 271; BAG NJW 1960, 2211; OLG Düsseldorf NJW 1966, 2367 (dagegen Kuhne NJW 1967, 1115, der auch die Klage des § 767 ZPO zulassen will); Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. 1963 § 307 ZPO Anhang 6 B S. 587; BAG JZ 1957, 428; Rosenberg 8. Aufl. 1961 § 131 III 3; BVerwG-DÖV 68, 293= Jus 68, 389 zu Ziff. 9; s. a. BGH-NJW 67, 2014= Jus 68, 142 zu Ziff. 10

Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht, daß die Verwaltungsgerichte die zuständigen Vollstreckungsgerichte sind.
Zur Beantwortung der prozessualen Frage, ob die ursprünglich erhobene Klage wegen der Unwirksamkeit des zu ihrer Ausräumung geschlossenen Vergleichs noch rechtshängig ist, können die Verwaltungsgerichte aufgrund der allgemein anerkannten[20] sogen. Vorfragenkompetenz auch die etwaige privatrechtliche Frage prüfen und beantworten, ob eine anfängliche Unwirksamkeit der im verwaltungsgerichtlichen Vergleich enthaltenen privatrechtlichen Vereinbarung vorliegt und diese Unwirksamkeit sodann die Nichtigkeit des gesamten Vergleichsvertrags, etwa über eine analoge Anwendung des § 139 BGB oder ähnlicher Rechtsgrundsätze zur Folge hatte.

B. Nach Vergleichsschluß entstandene materiellrechtliche Einwendungen

Für den Einwand des Vergleichsschuldners, die vollstreckte Forderung sei nach Vergleichsabschluß durch Aufrechnung, Erfüllung o. ä. erloschen, kommt die Vollstreckungsgegenklage in Betracht.
Da in § 167 Abs. I Satz 1 VwGO die entsprechende Anwendung des 8. Buches der ZPO angeordnet ist, ist gegen einen verwaltungsgerichtlichen Vollstreckungstitel, somit also auch gegen einen verwaltungsgerichtlichen Vergleich die Voll-

---

20) s. für alle Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 23 zu II

streckungsgegenklage zulässig[21].

Die Klage ist, soweit sie sich gegen den im Vergleich enthaltenen öffentlichrechtlichen Anspruch richtet, vor dem Verwaltungsgericht zu erheben (§§ 167 Abs. I Satz 1 VwGO, 767 f. ZPO)[22].

Die Bestimmung des § 328 Abs. I RAO, nach der die Vollstreckungsabwehrklage[23] vor dem ordentlichen Gericht zu erheben ist, kann trotz der in § 169 VwGO und § 5 Abs. I VwGO für die Vollstreckung von Geldforderungen zu Gunsten der öffentlichen Hand ausgesprochenen Verweisung auf die §§ 328 ff. RAO hier nicht angewandt werden.

Vielmehr bedeutet diese Verweisung nur, daß das verwaltungsgerichtliche Vollstreckungsverfahren[24] sich nach den in der RAO aufgestellten Regeln richtet, nicht aber, daß auch nach dortiger Maßgabe Rechtsbehelfe in der gerichtlichen Zwangsvollstreckung gegeben sein sollen. Denn diese sind ja bereits für die gerichtliche Zwangsvollstreckung durch die in § 167 Abs. I Satz 1 VwGO ausgesprochene Verweisung auf das Vollstreckungsrecht der ZPO ermöglicht.

---

21) VGH Kassel NJW 59, 167; Naumann Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 379; BayVGH Bay VBl. 1962, 281 m. N.; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-Konkurs-und Vergleichsrecht 7. Aufl. 1963 § 39 II S. 165; Eyermann-Fröhler § 167 Rdnr. 9; Kniesch Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 J I

22) Die strittige Frage, ob § 797 Abs. V ZPO auch für gerichtliche Vergleiche gilt, soll hier ausgeklammert bleiben; s. dazu OLG München NJW 61, 2265 mit Nachweisen

23) Gleiches gilt nach § 330 RAO für die Drittwiderspruchsklage

24) Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 85 unter II 5

Zum anderen würde die in § 328 Abs. I RAO ausgesprochene Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage[23] wiederum nur für einen Teil der verwaltungsgerichtlichen Zwangsvollstreckung gelten, nämlich nur für die Vollstreckung von Geldforderungen zugunsten der öffentlichen Hand, während das für die sonstigen Arten der Zwangsvollstreckung wieder zweifelhaft wäre; eine solche Verschiedenheit für die gerichtliche Zuständigkeit zur Entscheidung über Einwendungen in der Zwangsvollstreckung kann aber von der VwGO nicht gewollt sein.

Fraglich ist aber, ob die Verwaltungsgerichte auch über die gegen den im verwaltungsgerichtlichen Vergleich enthaltenen privatrechtlichen Anspruch gerichtete Vollstreckungsabwehrklage zu entscheiden haben.
Eine solche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ließe sich aus deren oben[25] ermittelter Zuständigkeit zur Vollstreckung auch der in einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche folgern. So wäre das zur Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage berufene Gericht einfach aus dem angegriffenen Vollstreckungstitel zu entnehmen, ein Gesichtspunkt, der für die Rechtssicherheit und Praktibilität dieser Lösung spricht[26].

Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, daß abgesehen von der Praktibilität dieser Lösung die beiden oben[25] herangeführten

---

25) oben S. 49 ff. bes. S. 50 zu B
26) so im Ergebnis auch Schönke-Baur § 39 II S. 165; Eyermann-Fröhler § 167 Rdnr. 11 und Anm. 2 c; Rupp AöR 85, 334; VG Freiburg NJW 65, 2073

anderen Argumente, daß nämlich das Vollstreckungsorgan und das Vollstreckungsverfahren zur Prüfung der Rechtsnatur des beigetriebenen Anspruchs und somit zur Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs (Frage des als Vollstreckungsgericht berufenen Gerichts) ungeeignet und damit überfordert sind, hier nicht zutreffen, da über die Vollstreckungsgegenklage ein sachkundiges Prozeßgericht in einem zur Streitentscheidung geeigneten Erkenntnisverfahren entscheidet.

Auch aus dem Gesichtspunkt der sogen. Vorfragenkompetenz der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung zivilrechtlicher Fragen läßt sich eine derartige Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nicht begründen. Bei der Vollstrekkungsgegenklage gegen einen privatrechtlichen Anspruch geht es allein um die (Haupt-) Frage, ob dieser Anspruch durch Erfüllung o. ä. erloschen ist, und um keine weitere Frage. Im übrigen bleibt der verwaltungsgerichtliche Vergleich völlig unberührt und wird nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage. Richtet sich die Klage allein gegen den materiellen[27] privatrechtlichen Anspruch, so handelt es sich um eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit, **über die - da anderes nicht gesetzlich (§ 40 Abs. II VwGO) angeordnet ist -, nach § 13 GVG die Zivilgerichte zu entscheiden haben.**

Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für diese gegen den privatrechtlichen Anspruch gerichtete Vollstreckungsgegenklage ließe sich ferner aus der Erwägung herleiten, durch die Klage werde die Vollstreckbarkeit eines unter

---

27) Rosenberg § 183 III 2 S. 963; Eyermann-Fröhler, 4. Aufl. 65 § 167 - Rdnr. 10 zu 2 c S. 721

Mitwirkung der Verwaltungsgerichte zustandegekommenen Titels teilweise beseitigt, weshalb es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handele, für die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben sei. Der materielle Anspruch sei nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage, er werde nicht völlig neu überprüft, sondern die Verhandlung auf die vorgebrachten Einwendungen beschränkt[28].

Dazu ist folgendes zu sagen:

Zwar trifft es zu, daß das Gericht durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil den alten Titel (Vergleich) dadurch umgestaltet, daß dessen Vollstreckbarkeit wenigstens teilweise entfällt (sogen. Gestaltungswirkung der Vollstreckungsgegenklage). Streitgegenstand dieser Klage ist deshalb nach h. M. die Rechtsbehauptung[29] des Klägers, er habe einen Rechtsanspruch auf Rechtsänderung durch das Gericht. Daraus folgt aber nicht zwingend die Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Gegen deren Entscheidungszuständigkeit spricht, daß es bei der Vollstreckungsgegenklage wesentlich um die Behauptung des Klägers geht, der im Titel festgestellte privatrechtliche Anspruch sei z. B. durch Erfüllung o. ä. erloschen. Der Vollstreckungsgegenklage liegt also allein diese bürgerlichrechtliche Streitigkeit zugrunde, die zu entscheiden nach § 13 GVG die Zivilgerichte haben

---

28) h. M. s. Rosenberg § 183 III 9 a S. 970
29) Wolff VerwR III § 172 I a 2 S. 396; Rosenberg § 88 II 1 c ß S. 419

Vor allem aber würde es einer Umgehung der zwingenden gesetzlichen Rechtswegregelungen der §§ 13 GVG, 40 VwGO nahekommen, könnte allein durch die Regelung eines dem bürgerlichen Recht unterstehenden Sachverhalts in einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich und damit quasi durch Parteivereinbarung die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den - bei Vergleichsabschluß lediglich beurkundend tätigen - Verwaltungsgerichten für die Entscheidung auch der im Anschluß an den Vergleich entstehenden bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten begründet werden.

Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht, daß die Zivilgerichte auch zur Entscheidung über die Klage auf Erfüllung eines privatrechtlichen Anspruchs berufen sind, der seine Grundlage in einem öffentlichrechtlichen Vertrag, etwa in einem außergerichtlichen Vergleich über einen öffentlichrechtlichen Sachverhalt, hat.

2. Titel: Der vor den Zivilgerichten geschlossene Vergleichsvertrag

Wird ein Rechtsstreit vor den Zivilgerichten durch Vergleich beendet und regeln die Prozeßparteien in diesem Vergleich auch gleichzeitig einen dem öffentlichen Recht unterstehenden Sachverhalt mit, so handelt es sich insoweit um einen öffentlichrechtlichen Vergleichsvertrag.
Nach § 794 Abs. I Ziff. 1 ZPO ist der gerichtliche Vergleich ein Vollstreckungstitel, jedenfalls für die in ihm enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche.

Fraglich ist aber, ob der vor den Zivilgerichten geschlossene Vergleich auch ein

Vollstreckungstitel für die darin enthaltenen öffentlichrechtlichen Ansprüche ist, sowie nach welchen Bestimmungen und durch welches Gericht (Zivil- oder Verwaltungsgericht) als Vollstreckungsgericht die Vollstreckung betrieben wird.

I. Die Vollstreckung

Die erste Frage ist unbedenklich zu bejahen.

Ebenso wie der verwaltungsgerichtliche Vergleich nach allgemeiner Meinung[30] ein Vollstreckungstitel für die in ihm enthaltenen privatrechtlichen Ansprüche[30] ist, was oben[31] bereits ausgeführt wurde, ist andererseits der vor den Zivilgerichten geschlossene Vergleich ein Vollstreckungstitel für alle in ihm geregelten Ansprüche, auch soweit sie sich aus dem öffentlichen Recht ergeben. Weder § 794 Abs. I Ziff. 1 ZPO noch § 168 Abs. I Ziff. 3 VwGO beschränken die Eigenschaft gerichtlicher Vergleiche als Vollstreckungstitel auf bestimmte Ansprüche bestimmter Rechtsqualität.

Die Antwort auf die zweite Frage, welches Gericht zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche berufen ist, die aus einem vor den Zivilgerichten geschlossenen Vergleich hergeleitet werden, muß parallel zur Antwort auf die oben[32] behandelte Frage ausfallen, welche Gerichte zur Vollstreckung der in einem ver-

---

30) VG Freiburg 1965, 2073 NJW; Ule § 168 Anm. I 5 S. 520; Kniesch Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 524 J I

31) oben S. 45 f. zu I bes. S. 49 f.

32) oben S. 49 bes. S. 50/1

waltungsgerichtlichen Vergleich enthaltenen zivilrechtlichen Forderungen berufen ist.

Auch hier gilt, daß es nicht auf die Rechtsnatur des beizutreibenden Anspruchs ankommen kann, die zu ermitteln das Vollstreckungsverfahren und das Vollstreckungsorgan weder eingerichtet noch geeignet sind, sondern entscheidend auf die leicht feststellbare Tatsache abzustellen ist, von welcher Gerichtsbarkeit der Vollstreckungstitel stammt. Diese hat dann auch die Vollstreckung durchzuführen.

Hiergegen ließe sich einwenden, dadurch würden zum Nachteil der öffentlichen Hand die sie in der Vollstreckung begünstigenden Vorschriften der §§ 168 ff. VwGO nicht angewendet. Dieser Einwand ist aber deshalb nicht stichhaltig, weil eine den §§ 168 ff. VwGO ähnliche, die öffentliche Hand in der Zwangsvollstreckung begünstigende Regelung (nämlich die aus § 883 a ZPO) auch bei der durch die Zivilgerichtsbarkeit durchgeführten Zwangsvollstreckung zum Zuge kommt, sich die öffentliche Hand außerdem der in den §§ 168 Abs. I, 169 Abs. I VwGO enthaltenen Vorteile in der Zwangsvollstreckung durch die Aufnahme der öffentlichrechtlichen Regelung in den zivilgerichtlichen Vergleich deren Vollstreckungsregeln (§ 882 a ZPO) aus eigenem Antrieb unterworfen hat.

Da es im Vollstreckungsverfahren auch nicht zu einer Überprüfung des im Titel festgestellten öffentlichrechtlichen Anspruchs kommt, läßt sich auch nicht einwenden, deshalb, weil für die Klage auf Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Forderung der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sei, müßten diese auch immer die

Vollstreckung derartiger Forderungen durchführen.

II. Die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung

Für die Geltendmachung von Einwendungen in der Zwangsvollstreckung gilt entsprechend dem oben[33] Ausgeführten und aus den dort genannten, auch hier zutreffenden Gründen folgendes:

A. Die ursprüngliche Nichtigkeit des zivilgerichtlichen Vergleichs

Der Einwand, die Zwangsvollstreckung aus dem zivilgerichtlichen Vergleich sei unzulässig, weil dieser wegen der anfänglichen Nichtigkeit der in ihm getroffenen Regelung unwirksam sei und es deshalb an einem wirksamen Vollstreckungstitel fehle, ist bei dem Prozeßgericht in derjenigen Instanz geltend zu machen, in der der Vergleich geschlossen wurde, und zwar durch Einreichung eines Schriftsatzes mit dem Antrag, das angeblich nicht abgeschlossene Verfahren fortzusetzen[34].

Wie oben[35] ausgeführt wurde, sind die Zivilgerichte zur Beantwortung der prozessualen Frage, ob der Rechtsstreit wegen der etwaigen Unwirksamkeit des zu seiner Beendigung abgeschlossenen zivilgerichtlichen Vergleichs noch rechtshängig ist, aufgrund der allgemein anerkannten sogen. Vorfragenkompetenz auch befugt, die rein öffentlichrechtliche Vorfrage zu prüfen, ob die im Vergleich enthaltene öffentlichrechtliche Vereinbarung und deshalb auch der gesamte Vergleichsvertrag nichtig ist.

---

33) S. 52 ff. zu II

34) h. M. s. BVerwG DÖV 1962, 423; BSGE 7, 279 = MDR 58, 801 und die in Fußn. 19 S. 52 Genannten

B. Die Geltendmachung nach Vergleichsschluß entstandener materiellrechtlicher Einwendungen

Der Einwand, die Zwangsvollstreckung sei deshalb unzulässig, weil der titulierte und nun beigetriebene Anspruch nach dem Abschluß des gerichtlichen Vergleichs infolge Erfüllung, Aufrechnung o. ä. erloschen sei, ist durch Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen.

Das zur Entscheidung über diese Klage berufene Gericht ist, wie oben[36] bereits dargelegt wurde, das Zivilgericht, wenn mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht wird, eine im Vergleich enthaltene privatrechtliche Forderung bestehe nicht mehr, da es sich insoweit[36] um eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit handelt, die zu entscheiden die Zivilgerichte berufen sind.

Wird mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht, der im zivilgerichtlichen Vergleich enthaltene öffentlichrechtliche Anspruch sei erloschen, so ist die mit diesem Vortrag begründete Vollstreckungsgegenklage im Verwaltungsgerichtsweg zu verfolgen, da es sich insoweit um eine[36] in deren (§ 40 VwGO) Entscheidungsbereich fallende öffentlichrechtliche Streitigkeit handelt.

Das Verwaltungsgerichtsurteil über die Vollstreckungsgegenklage ist sodann dem als Vollstreckungsgericht tätigen Zivilgericht oder dem Gerichtsvollzieher zur weiteren Veranlassung vorzulegen (§ 770 ZPO).

35) s. oben S. 53
36) S. 55 ff. bes. S. 56/57

Da die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage eine Vollstreckung nicht hindert,und der Prozeß sich in die Länge ziehen kann, ist ferner von erheblicher Bedeutung, daß das Verwaltungsgericht als das mit der Vollstreckungsgegenklage befaßte Gericht nach den §§ 769f, 767 ZPO in Verbindung mit § 167 Abs. I Satz 1 VwGO einstweilige Anordnungen im Hinblick auf die Vollstreckung aus dem Titel jedenfalls insoweit treffen kann, als es sich um die Einwendungen gegen den im Titel enthaltenen öffentlichrechtlichen Anspruch, über die es ja entscheiden muß, handelt; insoweit sind nämlich für die Entscheidung über die vorläufigen Maßnahmen nach den §§ 767, 769 ZPO die Erfolgsaussichten der Vollstreckungsgegenklage von Bedeutung, und diese kann das Verwaltungsgericht wegen der damit zusammenhängenden öffentlichrechtlichen Fragen besser beurteilen als das Zivilgericht.

5. Abschnitt: Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung aus koordinationsrechtlichen Verträgen

Sind damit die Möglichkeiten aufgezeigt, die zur zwangsweisen Durchsetzung der sich aus einem koordinationsrechtlichen Vertrag ergebenden Ansprüche bestehen, so ist im weiteren zu untersuchen, welche Rechtsbehelfe der Vollstreckungsschuldner hat, um während der Vollstreckung gegen diese Einwendungen geltend zu machen.

Hierfür kommen zunächst die allgemeinen Rechtsbehelfe der Erinnerung nach § 766 ZPO, der Vollstreckungsabwehrklage nach

§ 767 ZPO und der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO - jeweils in Verbindung mit § 167 Abs. I Satz 1 VwGO - in Betracht.
Daß diese Rechtsbehelfe auch gegen die Vollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Titeln zur Verfügung stehen, ist heute unbestritten[1], angesichts der Verweisung des § 167 Abs. I Satz 1 VwGO auf das 8. Buch der ZPO auch unzweifelhaft.

1. Titel: Allgemeine Rechtsbehelfe

Den Einwand, der im Vollstreckungstitel festgelegte materielle Anspruch bestehe nicht mehr, hat der Vollstreckungsschuldner im Wege der Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO zu verfolgen.

I. Die Vollstreckungsabwehrklage des § 767 ZPO

Es ist - wie oben ausgeführt wurde[2] - möglich, daß in einem zivilgerichtlichen Titel auch öffentlichrechtliche Ansprüche enthalten sind, wie auch umgekehrt, daß in einem verwaltungsgerichtlichen Titel auch zivilrechtliche Ansprüche tituliert werden. Daraus ergab sich, wie oben ausgeführt wurde[2], daß die gegen einen im zivilgerichtlichen Titel enthaltenen öffentlichrechtlichen Anspruch gerichtete Vollstreckungsabwehrklage vor den Verwaltungsgerichten zu erheben war, da es sich insoweit um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handelte. Richtete sich im umgekehrten Fall die Vollstreckungsabwehrklage gegen einen

1) siehe für alle Wolff VerwR III § 177 I c S. 454; Eyermann-Fröhler § 167 Rdnr. 11 2c
2) oben S. 46 ff.

zivilrechtlichen Anspruch, der in einem verwaltungsgerichtlichen Titel enthalten war, so war die Vollstreckungsabwehrklage vor den Zivilgerichten zu erheben, da es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit handelte.
Da nun für Klagen auf Schadensersatz wegen der Verletzung eines öffentlichrechtlichen Koordinationsvertrags - wie ausgeführt[3] - nach § 40 Abs. II VwGO allein die Zivilgerichte zu entscheiden haben, müßte auch für die gegen diesen von den Zivilgerichten geschaffenen Vollstreckungstitel gerichtete Vollstreckungsabwehrklage der Rechtsweg allein zu den Zivilgerichten offen stehen.

A. Die Erledigung der Einwendungen gegen den Schadensersatzanspruch

Das ist sicher dann der Fall, wenn der mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemachte Einwand sich allein auf den von den Zivilgerichten nach § 40 Abs. II VwGO zu beurteilenden Schadensersatzanspruch bezieht; dann nämlich geht es allein um dessen Bestehen, was die Zivilgerichte nach § 40 Abs. II VwGO zu beurteilen haben.
Bei den für die Vollstreckungsabwehrklage durch § 767 Abs. II ZPO allein zugelassenen Einwendungen, die nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses entstanden sind, kommen zwei Gruppen in Betracht:
Solche, die die Gültigkeit des dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden öffentlichrechtlichen Vertrags unberührt lassen (wie etwa Erfüllung, Aufrechnung u. ä.) und solche, die auch auf die

3) s. oben S. 26 ff.

Gültigkeit dieses Vertrags von Einfluß sind (wie etwa Anfechtung des Vertrags u. ä.)[4].

B. Die Gültigkeit des Vertrags nicht beeinflussende Einwendungen

Bei den erstgenannten Einwendungen wird die öffentlichrechtliche Frage, ob der dem Titel zugrundeliegende koordinationsrechtliche Vertrag überhaupt gültig ist, gar nicht geprüft. Allein die Prüfung dieser Frage könnte aber Anlaß sein, derartige Vollstreckungsabwehrklagen als öffentlichrechtliche Streitigkeiten nach § 40 Abs. I VwGO in den Verwaltungsgerichtsweg zu verweisen.

C. Die Gültigkeit des Vertrags beeinflussende Einwendungen

Handelt es sich aber bei den mit der Klage erhobenen Einwendungen um solche, die auch die Gültigkeit des zugrundeliegenden öffentlichrechtlichen Koordinationsvertrags überhaupt in Zweifel ziehen, wie etwa bei dem Einwand der Anfechtung des Vertrags, so könnte etwas anderes gelten.

---

4) Die umstrittene Frage, ob diese Einwendungen durch die Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden können, auch wenn die Aufrechnungs- oder Anfechtungsklage bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses bestand, soll hier nicht erörtert werden. Siehe dazu: BGHZE 34, 274 = NJW 1961, 1067; BGHZE 24, 97, 98; OLG Düsseldorf FamrZ 1966, 238; BGH NJW 1964, 1797; BGHZ NJW 1961, 1356; BGHZE 14, 222 = NJW 1954, 1486; E 17, 317 = NJW 1955, 1187; E 29, 187 = NJW 1959, 987; siehe auch BGH NJW 1967, 107 und OLG Celle MDR 1963, 932 = Jus 1964, 75(4); weitere Nachweise bei Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. 1963 § 767 ZPO Anm. 4 A, B S. 1196/7

Es ließe sich die Ansicht vertreten, der Streit um die Gültigkeit des Vertrags sei ein öffentlich-rechtlicher, über den nach § 40 Abs. I VwGO die Verwaltungsgerichte zu entscheiden hätten; deshalb handele es sich auch bei einer auf diesen, die Gültigkeit des zugrundeliegenden Vertrags in Zweifel ziehenden Einwand gestützten Vollstreckungsabwehrklage um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit, die nach § 40 Abs. I VwGO vor den Verwaltungsgerichten auszutragen sei, selbst wenn über den zuvörderst angegriffenen titulierten Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung des öffentlichrechtlichen Vertrags nach § 40 Abs. II VwGO die Zivilgerichte zu entscheiden hätten.

Demgegenüber wäre aber zu berücksichtigen, daß für die Abgrenzung der verschiedenen Rechtswege allein maßgeblich ist, ob nach dem tatsächlichen Klagevorbringen der Gegenstand ein solcher ist, der vor die Zivilgerichte gehört[5].

Bei der Vollstreckungsabwehrklage geht es um die Frage[6], ob der von den zuständigen Zivilgerichten titulierte materielle Schadensersatzanspruch besteht. Insoweit handelt es sich aber um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit, über die nach § 40 Abs. II VwGO die Zivilgerichte zu entscheiden haben. Der Einwand der Anfechtung des zugrundeliegenden öffentlichrechtlichen Koordinationsvertrags analog den §§ 119, 123 BGB dient

---

5) Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. § 13 GVG Anm. 4 A S. 1646; Schunck-De Clerk VwGO § 40 Anm. 4 a aa S . 141; BGHZ NJW1965, 1595;BGHZE 29, 187=NJW 1959, 987;34, 349=NJW 1961, 1164;37, 160=NJW 1962, 1508;9, 66; 16, 275;24, 302;BGHZ LM § 13 GVG Nr. 84; BGHZE 14, 222;MDR 1962, 108;BAG NJW 1961, 2177;OLG Köln NJW 1967, 735

6) ähnlich Hillermeier DVBl. 1967, 22, der auf d. Eingreifen in einen öffentlichrechtlichen Sachverhalt abstellt

lediglich zur Begründung dieses Vortrags.
Zwar ist die Frage, ob der koordinationsrechtliche Vertrag durch Anfechtung analog den §§ 119, 123 BGB erloschen ist, öffentlichrechtlicher Natur, so daß über eine die Nichtigkeit des Vertrags betreffende Feststellungsklage die Verwaltungsgerichte zu entscheiden hätten. Für die hier behandelte Vollstreckungsabwehrklage, deren Gegenstand allein die nach § 40 Abs. II VwGO von den Zivilgerichten zu prüfende Frage ist, ob der titulierte Schadensersatzanspruch besteht, ist die Gültigkeit des koordinationsrechtlichen Vertrags und die Wirkung der behaupteten Anfechtung nur eine Vorfrage, die nicht in die Rechtskraft des Urteils erwächst. Aufgrund der allgemein anerkannten Kompetenz der Gerichte eines Rechtswegszweiges, Vorfragen aus dem Gebiet eines anderen Rechtswegszweiges in eigener Zuständigkeit entscheiden zu können, folgt aber, daß die auf Anfechtung des koordinationsrechtlichen Vertrags gestützte Vollstreckungsgegenklage, die sich gegen einen von den Zivilgerichten nach § 40 Abs. II VwGO zuerkannten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des öffentlichrechtlichen Vertrags richtet, nicht vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden muß und darf, sondern nach § 40 Abs. II VwGO vor den Zivilgerichten, da es sich hierbei um eine in § 40 Abs. II VwGO genannte Klage auf Schadensersatz wegen der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten handelt.
Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß die Vollstreckungsabwehrklage immer in dem Rechtsweg zu erheben ist, der für die Entscheidung, ob der angegriffene Anspruch besteht, zuständig ist.

II. Die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO

Der Einwand eines Dritten, ihm stehe an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zu, ist nach § 771 ZPO in Verbindung mit § 167 Abs. I Satz 1 VwGO im Wege der Drittwiderspruchsklage vor dem Prozeßgericht zu verfolgen.
Prozeßgericht ist nach § 771 Abs. I ZPO das Gericht, bei dem die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird, also nach der ZPO regelmäßig das Amtsgericht oder das übergeordnete Landgericht.
Damit ist aber nur die örtliche Zuständigkeit angesprochen, nicht die sachliche, die sich bei den Zivilgerichten nach dem Wert[7] des Streitgegenstandes richtet.
Ob die Drittwiderspruchsklage vor dem Zivilgericht oder dem Verwaltungsgericht zu erheben ist, ist aber dann fraglich, wenn sie auf das Eigentum des klagenden Dritten gestützt und gegen einen von den Verwaltungsgerichten geschaffenen Vollstreckungstitel gerichtet wird.
Man könnte für die Zulässigkeit des Rechtswegs maßgebend sein lassen, aus welcher Gerichtsbarkeit der Vollstreckungstitel[8] stammt.

Diese äußerlich erkennbare Tatsache würde die Wahl des gebotenen Rechtswegs erleichtern. Sie würde außerdem der von der

---

7) h. M. s. Bettermann NJW 53, 1008
8) so wohl Wolff VerwR III § 177 I c S. 454 zu 4.; Eyermann-Fröhler § 167 Rdnr. 11 zu 2c; Rupp AöR 85, 334

h. M. [9] angenommenen Natur der Drittwiderspruchsklage als einer Gestaltungsklage Rechnung tragen, die die bisher formell ordnungsmäßige Zwangsvollstreckung in einen bestimmten Gegenstand für unzulässig erklärt. Diese Zwangsvollstreckung wird aber von dem Gericht betrieben, aus dessen Rechtsweg der Titel stammt.

Wenn damit auch das Bestehen des vom Kläger geltend gemachten und in der Zwangsvollstrekkung angegriffenen Rechts nicht Streitgegenstand der Klage ist, muß doch aber berücksichtigt werden, daß Klagegrund[10] der Drittwiderspruchsklage die Behauptung des Klägers ist, der Gegenstand der Zwangsvollstreckung gehöre nicht in das Vermögen des Schuldners; es geht also entscheidend um die Frage, ob das vom Kläger behauptete Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung besteht[11].

Hat dieses Recht seinen Ursprung im bürgerlichen Recht[12], - wie das die Regel sein wird (Eigentumsrecht) -, so handelt es sich bei der darauf gestützten Drittwiderspruchsklage um eine Streitigkeit, die von den Zivilgerichten zu entscheiden ist (§ 13 GVG). Im Fall, daß das geltend gemachte Recht aus dem öffentlichen Recht stammt, ist die darauf gestützte Klage vor den Verwaltungsgerichten zu erheben. Keinen

---

9) Lent-Jauernig § 13 III S. 39; Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. § 771 Vorb. 1 A; Rosenberg § 185 III 8 S. 979

10) Rosenberg § 185 III 2 a S. 973

11) ähnlich Hillermeier DVBl. 1967, 22, der darauf abstellt, daß in einen öffentlichrechtlichen Sachverhalt eingegriffen wird.

12) so wohl auch Wolff VerwR III § 160 III 1 1 S. 290; anders dagegen § 177 I c S. 454 zu 4)

Unterschied macht es dagegen, aus welcher Gerichtsbarkeit der der Zwangsvollstreckung zugrundeliegende Titel stammt.
Dagegen ließe sich einwenden, dann müßte folgerichtig eine gegen einen zivilgerichtlichen Titel gerichtete Drittwiderspruchsklage vor den Verwaltungsgerichten erhoben werden, wenn das die Veräußerung hindernde Recht aus dem öffentlichen Recht stamme. Das sei aber noch nie der Fall gewesen. Dieser Einwand greift aber deshalb nicht durch, weil eine solche verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit zur Entscheidung derartiger Klagen bisher lediglich deshalb nicht bejaht wurde, weil in den bisher zur Entscheidung stehenden Fällen die die Veräußerung hindernden Rechte sämtlich privatrechtlicher Natur waren.

III. Die Erinnerung nach § 766 ZPO

In der zur Vollstreckung der Ansprüche aus koordinationsrechtlichen Verträgen betriebenen Zwangsvollstreckung steht den Beteiligten ferner die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung zu, für die jedoch insoweit keine Besonderheiten gelten, die zu erörtern wären.

2. Titel: Besondere Rechtsbehelfe

Abgesehen von den bisher behandelten, in den Vollstreckungsvorschriften der ZPO vorgesehenen allgemeinen Rechtsbehelfen in der Vollstreckung kommen noch folgende besondere in Betracht, nämlich zunächst die befristete Beschwerde nach § 146 VwGO gegen die von dem Verwaltungsgericht des 1. Rechtszugs, bzw. dem

Vorsitzenden dieses Gerichts als Vollstreckungsorganen nach den §§ 169, 170 VwGO erlassenen Anordnungen sowie des weiteren die Anfechtungsklage gegen einzelne Vollstreckungsakte, die von einer nach den §§ 169, 170 VwGO um die Durchführung der gerichtlich angeordneten Vollstreckungsmaßnahmen ersuchten Behörden oder dem Gericht selbst vorgenommen werden.

I. Die Beschwerde nach § 146 VwGO

Bei den vom Verwaltungsgericht des 1. Rechtszuges bzw. dessen Vorsitzenden nach den §§ 169, 170 VwGO zu treffenden Entscheidungen handelt es sich weder um Urteile noch um Vorbescheide noch um eine der in § 146 Abs. II VwGO genannten, der Urteilsfällung vorausgehenden und deshalb nach § 146 Abs. II VwGO nicht selbständig angreifbaren Entscheidungen. Ist das Verwaltungsgericht das in den §§ 169, 170 VwGO angesprochene Gericht des 1. Rechtszuges, so räumt § 146 Abs. I VwGO den Beteiligten die befristete Beschwerde an das OVG gegen die vom Verwaltungsgericht nach den §§ 169, 170 VwGO getroffenen Entscheidungen ein.
Wenn damit auch im wesentlichen das gleiche erreicht wird wie mit der Erinnerung nach den §§ 766 ZPO, 167 Abs. I Satz 1 VwGO, so läßt doch der klare Wortlaut des § 146 VwGO keine einschränkende Auslegung etwa dahin zu, § 146 Abs. I VwGO gelte nicht für die im Rahmen der Zwangsvollstreckung getroffenen gerichtlichen Entscheidungen, zumal auch die Beschwerde des § 146 VwGO anders als die Erinnerung des § 766 ZPO befristet ist.

Als Ergebnis[13] ist somit festzuhalten, daß in den Fällen der §§ 169, 170 VwGO dann, wenn das Verwaltungsgericht als Gericht des ersten Rechtszuges im Sinne der genannten Bestimmungen ist, auch die befristete[13] Beschwerde des § 146 Abs. I VwGO gegen die nach diesen Bestimmungen getroffenen gerichtlichen Entscheidungen gegeben ist.

II. Die Anfechtungsklage gegen Vollstreckungsakte

Zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit einzelner nach den §§ 169 ff. VwGO in Verbindung mit den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen könnte - insoweit über die allgemeinen, in der ZPO vorgesehenen Rechtsbehelfe hinaus - auch die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage dienen.
Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage ist zunächst, daß es sich bei dem angegriffenen Hoheitsakt um einen Verwaltungsakt handelt, § 42 Abs. I VwGO.

A. Vollstreckungsmaßnahmen als Verwaltungsakte

Entsprechend der gängigen Bestimmung des Begriffs des Verwaltungsakts wird eine Voll-

---

13) so auch Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 86 II 5 b aa; Redeker-von Oertzen § 169 Rdnr. 13 cc S. 528; Wolff VerwR III § 177 I c S. 454 zu 1)

streckungsmaßnahme jedenfalls dann als ein Verwaltungsakt angesehen, wenn sie eine selbständige, weitere, d. h. über den zu vollstreckenden Anspruch hinausgehende Entscheidung zum Gegenstand hat[14].

Daraufhin sind die einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen, die nach den §§ 169 ff. VwGO und den dort in Bezug genommenen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen getroffen werden können, zu untersuchen.

1. Die Vollstreckungsanordnung der §§ 3 VwVG 169 Abs. I Satz 1 VwGO

Nach § 169 Abs. I Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 3 Abs. I 1. Halbsatz VwVG beginnt die Zwangsvollstreckung mit der Vollstreckungsanordnung, die nach § 169 Abs. I Satz 2 VwGO der Vorsitzende des Gerichts des 1. Rechtszuges als Vollstreckungsbehörde zu erlassen hat.

Diese Anordnung hat keine über den zu vollstreckenden Anspruch hinausgehende weitere selbständige Entscheidung des Vorsitzenden zum Gegenstand. Sie stellt ferner nicht echte Verwaltungstätigkeit des Gerichts, sondern vielmehr eine richterliche[15] Entscheidung dar.

Aus diesen beiden Gründen ist die Vollstreckungsanordnung kein Verwaltungsakt[16], gegen den eine Anfechtungsklage zulässig wäre.

---

14) Schunck-De Clerk S. 532; VGH Kassel DVBl. 1960, 474; Stein NJW 63, 185, 186 rechts

15) Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung, S. 86 zu II 5 a dd

16) BVerwG NJW 1961, 332; DVBl. 1961, 134; Schunck-De Clerk S. 533, 536

2. Das Ersuchen um die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahmen

Nach Maßgabe der §§ 169 Abs. I Satz 3, Abs. II VwGO kann, bzw. hat der Vorsitzende des Gerichts unter den dort genannten Voraussetzungen zur Durchführung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen den Gerichtsvollzieher, eine andere Vollstreckungsbehörde oder Organe der Länder zu ersuchen.
Auch dieses Ersuchen stellt keine weitere, selbständige materielle Regelung und somit keinen Verwaltungsakt[17] dar.

3. Die Vollstreckungsverfügung des § 170 Abs. I Satz 1 VwGO

Auch die vom Gericht des 1. Rechtszuges nach § 170 Abs. I Satz 1 VwGO zu Beginn einer gegen die öffentliche Hand gerichteten Zwangsvollstreckung erlassene Vollstreckungsverfügung hat keine über den zu vollstreckenden Anspruch hinausgehende weitere selbständige Entscheidung zum Gegenstand und stellt somit ebenfalls keinen Verwaltungsakt dar[16].

4. Die einzelnen Vollstreckungshandlungen

Etwas anderes könnte aber für die vom Gericht oder dessen Vorsitzenden als Vollstreckungsbehörden zu treffenden Anordnungen der vorzunehmenden Vollstreckungsmaßregeln (z. B. der

17) Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 379;S. 380; s. auch hier Fußn. 16)

Pfändung, Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld usw.) gelten.
Wird eine solche bestimmte einzelne Vollstreckungsmaßregel angeordnet, so wird damit gleichzeitig eine neue weitere und selbständige Entscheidung getroffen, nämlich darüber, welches Vermögensstück des Schuldners (z. B. welche Forderung oder Sache durch die Pfändung) im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwerten ist.
Wenn somit auch darin eine Regelung eines Sachverhalts zu erblicken ist, so stellt diese Anordnung einer bestimmten Vollstreckungsmaßregel (etwa der Pfändung einer Forderung) doch deshalb keinen Verwaltungsakt dar, weil sie nicht durch eine Verwaltungsbehörde[18] erfolgt. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich - wie etwa § 172 VwGO (Beschlußform) zeigt - um eine echte richterliche Tätigkeit, nicht um Verwaltungstätigkeit, ebensowenig wie die Tätigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte echte Verwaltungstätigkeit ist. Das Gericht oder dessen Vorsitzender stellen keine Verwaltungsbehörden[18] im Sinne des Verwaltungsrechts dar, wenn sie auch als solche im § 169 VwGO bezeichnet werden; diese Bezeichnung bezieht sich nur auf die Ausdrucksweise des in § 169 VwGO für anwendbar erklärten VwVG's.

Es wäre auch wenig sinnvoll, wollte man gegen die Vollstreckungsakte des Vollstreckungsgerichts die Anfechtungsklage, über

---

18) Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 86 II 5 a dd

die das gleiche Gericht nur in anderer Besetzung (Laienrichter) zu entscheiden hätte, stattgegeben, zudem mit der Klage nichts anderes als mit der Erinnerung und der Beschwerde nach § 146 VwGO erreicht werden könnte.

Die Anfechtungsklage gegen vom Gericht vorgenommene Vollstreckungsakte ist somit nicht zulässig[19].

Aber auch dann, wenn die Vollstreckungsakte nicht vom Verwaltungsgericht selbst, sondern auf dessen Ersuchen (§§ 169, 170 VwGO) von einer Verwaltungsbehörde vorgenommen werden, ist die Anfechtungsklage gegen diese Vollstreckungsakte nicht zulässig.

Das nicht etwa deshalb[20], weil derartige Vollstreckungsakte - wie etwa die bloße Wegnahme einer Sache[20] - keinen Verwaltungsakt darstellen; denn insoweit könnte nur eine andere Klageart[21] als die Anfechtungsklage in Betracht kommen, nicht aber eine gerichtliche Überprüfung völlig ausgeschlossen werden.

Aber entscheidend dürfte doch sein, daß diese von den ersuchten Behörden vorgenommenen Vollstreckungsmaßnahmen als bloßer Annex[22] der gerichtlich angeordneten und durchgeführten Zwangsvollstreckung anzusehen sind. Werden

---

19) Aus ähnlichen Gründen verneint das BVerwG in NJW 67, 1976 die Klage aus § 767 ZPO gegen den -unanfechtbaren- Verwaltungsakt, falls die Klage nach § 42 VwGO möglich ist; ähnlich OVG Münster Jus 68, 293 zu Ziff. 11= NJW 68, 442

20) Rupp AöR 85, 322

21) mit Recht Naumann Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 379 und OVG Hamburg DVBl. 62 683=Jus 63, 38 Nr. 10

22) ähnlich Rupp AöR 85, 333 und -insoweit nicht folgerichtig- Schrödter, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 86 II 5 a dd

diese Behörden nur als verlängerter Arm der Verwaltungsgerichte tätig, so erscheint die gegen deren Vollstreckungsakte gerichtete Anfechtungsklage neben den üblichen Rechtsbehelfen[23], die in der ZPO und der VwGO vorgesehen sind, als unzulässig; dies auch deshalb, weil die Anfechtungsklage zur Überprüfung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung nicht als sehr geeignet[24] anzusehen ist und diese Klage, die bisher nur gegen Vollstreckungsakte in der Verwaltungsvollstreckung ausdrücklich bejaht und begründet wurde[25]; für die verwaltungsgerichtliche Zwangsvollstreckung einfach unbesehen übernommen würde, was neben den Spezialbehelfen der ZPO als unzulässig erscheint[26].

B. Ergebnis

Als Rechtsbehelfe in der verwaltungsgerichtlichen Zwangsvollstreckung stehen zur Geltendmachung von Einwendungen die in der ZPO vorgesehenen Rechtsbehelfe sowie die befristete Beschwerde des § 146 VwGO im Falle der §§ 169, 170 VwGO dann zur Verfügung, wenn das Vollstreckungsgericht das Verwaltungsgericht ist; die Anfechtungsklage ist dagegen nie zulässig.

---

23) z. B. Erinnerung, Vollstreckungsgegenklage, Drittwiderspruchsklage, Beschwerde

24) Rupp AöR 85, 323

25) siehe etwa Eyermann-Fröhler § 172 Anhang Rdnr. 11 zu II mit Nachweisen; BVerwG DVBl. 1961, 134; Stein in NJW 63, 185

26) so auch BVerwG-NJW 67, 1976 für den Fall der (deshalb unzulässigen) Klage aus § 767 ZPO neben der Klage aus § 42 VwGO

2. Kapitel: Die Durchsetzung der Ansprüche aus subordinationsrechtlichen Verträgen

Im folgenden ist die Durchsetzung der Ansprüche aus sogen. subordinationsrechtlichen Verträgen zu untersuchen, und zwar beginnend mit dem Anspruch auf Erfüllung eines solchen Vertrags.

1. Abschnitt: Die Durchsetzung der auf Erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Ansprüche

Auch für die Durchsetzung des aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag hergeleiteten Erfüllungsanspruchs kommt zunächst die Klage in Betracht.

1. Titel: Die Klage

I. Rechtsweg und Zuständigkeit

Für die auf Erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags gerichtete Klage gilt in Bezug auf den einzuschlagenden Rechtsweg (zu den Verwaltungsgerichten) und das sachlich zuständige Gericht[1] das zu den koordinationsrechtlichen Verträgen Gesagte[2]; da insoweit keine sachlichen Unterschiede bestehen.

---

1) h. M. siehe für alle Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 70 ff.
2) s. S. 2 zu I.

II. Das Rechtsschutzbedürfnis

Wie oben bereits ausgeführt wurde[3], würde einer Leistungsklage eines staatlichen Vertragspartners das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlen, wenn er seinen Anspruch auf Erfüllung des (subordinationsrechtlichen) Vertrags einfacher durchsetzen könnte. Für die Möglichkeiten der Anrufung einer dem (staatlichen) Vertragspartner übergeordneten staatlichen Stelle[4] und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung[5] analog § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO gilt das oben[4][5] zu den koordinationsrechtlichen Verträgen Gesagte.

Es bleibt zu prüfen, ob die Ansprüche auf Erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags vom Staat im Wege des Verwaltungszwangs durch Erlaß und Vollstreckung eines entsprechenden Leistungsbescheids ohne Inanspruchnahme der Gerichte verwirklicht werden können.

A. Das Recht des Staates zur Anwendung von Verwaltungszwang

In der Rechtsprechung[6] und auch[7] in der Lehre

---

3) siehe oben S. 3 f unter II A, bes. S. 4 ff zu B
4) oben S. 4 ff., S. 7ff.
5) oben S. 21 ff. unter d)
6) OVG Münster AS 16, 12=DÖV 1960, 798=Verw Rspr. 13 Nr. 121; Hamb. OVG VerwRspr. 8, 228, 230; PrO VG 74, 72, 75/76
7) Wolff VerwR I § 44 I b S. 240 5. Aufl.; Barocka VerwArch 51, 19; Beinhardt Verw Arch. 55, 260; Eckardt DVBl. 1962, 21; wohl auch Menger VerwArch. 52, 210; Salzwedel Vertrag S. 39

wird teilweise die Berechtigung der öffentlichen Hand, ihre aus einem öffentlichrechtlichen Vertrag hergeleiteten Forderungen auf die vertraglich versprochene Leistung (Erfüllungsanspruch) im Wege des Verwaltungszwangs durchzusetzen, bejaht, ohne daß dabei immer zwischen den sub- und koordinationsrechtlichen Verträgen unterschieden wird.

Zur Begründung dieser Ansicht wird mehr oder weniger lakonisch angeführt, auch nach dem Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrags bleibe der Staat in seiner Überordnungsstellung und könne somit die vertraglichen Ansprüche wie gesetzliche im Wege des Verwaltungszwangs gegen den Bürger durchsetzen[8].

Andere[9] vertreten demgegenüber mit der ebenso knappen Begründung die Ansicht, die durch den Vertragsabschluß entstandene Gleichordnung der Vertragsparteien schließe logischerweise den Erlaß von Verwaltungsakten durch den Staat aus,

---

8) OVG Münster AS 16, 12=DÖV 1960, 798

9) OVG Münster NJW 1967, 2328; Stich Jus 1964, 387; VG Frankfurt BB 1960, 1040; Klein Jus 1963, 235; Musterentwurf des VerwVerfG's S. 204; Redeker DÖV 1966, 545; Lerche, Staatsbürger und Staatsgewalt, II S. 83; Ipsen, Öff. Subventionierung Privater, 1956, S. 95, 98/7; Wolff, H. J., VerwR I 6. Aufl. 1965 § 44 I b 5 S. 250; Redeker-von Oertzen, 2. Aufl. 1965 § 42 Rdnr. 97 S. 163; Schunck-De Clerk 2. Aufl. 1967 § 40 Anm. 1 e S. 149; wohl auch OVG Lüneburg DÖV 1968, 803; BGHZE 43, 34=NJW 67, 2328; BGHZ NJW 1965, 1179; Stern VerwArch. Bd. 49 (1958), S. 152; Scheerbarth, Allgemeines Baurordnungsrecht S. 93

da diese nur im Überordnungsverhältnis ergehen könnten. Zudem würde die Zubilligung von Verwaltungszwang zur Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche den staatlichen Vertragspartner ungerechtfertigt besser stellen als den Bürger[10].

Es ist deshalb zu untersuchen, ob einer dieser Ansichten im Ergebnis und in der Begründung zu folgen ist.

Vorweg ist zunächst zu bemerken, daß diese Schwierigkeiten nicht auftauchen, wenn besondere Gesetze[11] dem Staat die Anwendung von Verwaltungszwang zur Durchsetzung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen gestatten.

Im übrigen setzt aber die Anwendung von Verwaltungszwang einen zu vollstreckenden Verwaltungsakt voraus, weshalb es darauf ankommt, ob die öffentliche Hand einen solchen zur Durchsetzung ihrer öffentlichrechtlichen, vertraglichen Ansprüche erlassen darf.

1. Der Gedanke des widersprüchlichen Verhaltens

Gegen die Befugnis der öffentlichen Hand, den ihr gegen den Bürger zustehenden Anspruch auf

---

10) Musterentwurf eines VerwVerfG S. 204

11) wie etwa § 11 Abs. I Satz 1 BremVwVerfG vom 1. 4. 60; § 2 Abs. II Buchstabe c Hamb. VwVG vom 13. 6. 61 und - mit der Einschränkung der entsprechenden Unterwerfung des Bürgers - § 68 Abs. I Buchstabe c Rh. Pf. VwVG; siehe oben S. 10 f. zu C 1; wie hier auch H. J. Wolff VerwR I 6. Aufl. § 44 I b 5 S. 250; OVG Münster NJW 67, 2328

Erfüllung des subordinationsrechtlichen Vertrags im Wege des Verwaltungszwangs durchzusetzen, könnte zunächst folgender, oben[12] bereits angedeuteter und hier etwas präzisierter Einwand erhoben werden:

Habe die öffentliche Hand von der einseitigen Regelung des Rechtsverhältnisses durch Erlaß von Verwaltungsakten abgesehen und statt dessen mit dem Bürger einen subordinationsrechtlichen Vertrag geschlossen und ihm somit ein Recht zur materiellen Mitgestaltung des Rechtsverhältnisses eingeräumt, so könne sie nun nicht nachträglich bei der Durchsetzung der so geschaffenen öffentlichrechtlichen Ansprüche wieder auf ihre Befugnis zur einseitigen Regelung im Wege des Erlasses eines Verwaltungsakts zurückgreifen, ohne durch ein solches Vorgehen den Grundsatz des Verbots des widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) zu verletzen[13].

Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht zwingend; ebenso gut könnte man folgern: Habe der Staat bereits durch den Abschluß des Vertrags von seinem Recht auf einseitige Regelung durch Verwaltungsakte abgesehen und damit den Bürger die durch den Vertrag erfolgende materielle Mitgestaltung der Rechtslage ermöglicht und ihn somit durch die Einräumung dieses Mitspracherechts bereits begünstigt, so dürfe man nicht noch für den Bereich der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche der öffentlichen Hand das Recht zum Erlaß und der im Verwaltungszwang erfolgenden Vollstreckung eines Verwaltungsaktes nehmen.

---

12) S. 81 am Ende

13) sowohl VG Frankfurt BB 60, 1040; OVG Münster NJW 67, 2328

Zudem setzt ein Verstoß gegen den Grundsatz des "Venire contra factum proprium" voraus, daß sich das frühere und das jetzige - als widersprüchlich angegriffene - Verhalten auf den gleichen Tatbestand beziehen; das ist aber nicht der Fall, da von einer Regelung im Wege des Erlasses von Verwaltungsakten nur für die materielle Gestaltung des fraglichen Rechtsverhältnisses abgesehen wurde, es hier aber um die formelle Frage der Durchsetzung der so unter Mitwirkung des Bürgers geschaffenen Ansprüche und damit um einen anderen Tatbestand geht.

Des Rechts zum Erlaß von Verwaltungsakten begibt sich der Staat lediglich durch die Gleichordnung bei Vertragsabschluß[14], also bei Begründung des materiellen Rechts. Das schließt nicht unbedingt ein[15], daß er sich dieses Rechtes auch bei der Durchsetzung seiner vertraglichen Ansprüche begibt mit der Folge, daß sich auch bei der Durchsetzung der Vertragsansprüche die Parteien des subordinationsrechtlichen Vertrags ebenso gleichberechtigt gegenüberstehen wie die Parteien eines privatrechtlichen Vertrags.

Aus dem Grundsatz des widersprüchlichen Verhaltens kann deshalb die Anwendung von Verwaltungszwang durch den Staat zur Durchsetzung seiner Ansprüche aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag nicht als unzulässig angesehen werden.

---

14) h. M. s. Salzwedel Vertrag S. 41, 69; Klein Jus 63, 235; Eckert DVBl. 1962, 21; Beinhardt VerwArch. 55, 249 II; Apelt AöR 84, 263

15) Eckert DVBl. 1962, 21

2. Die Ungleichbehandlung der Vertragspartner

Die Anwendung von Verwaltungszwang zu dem genannten Zweck könnte aber aus folgendem Grund untersagt sein:
Man könnte argumentieren, der Vertragsschluß setze eine Gleichordnung voraus; gegen diese Gleichordnung der Vertragsparteien, die ganz deutlich im Zivilrecht vom Vertragsschluß an bis zur völligen Abwicklung des Vertrags bestehe, verstoße es, wenn die öffentliche Hand durch die nur ihr mögliche Anwendung von Verwaltungszwang bei der Durchsetzung ihrer vertraglichen Ansprüche gegenüber dem bürgerlichen Vertragspartner privilegiert werde. Es sei deshalb geboten, den Staat bei der Durchsetzung des Anspruchs aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag ebenso zu stellen wie den Bürger, und diese Gleichordnung beider Vertragsparteien bestehe wie im Zivilrecht auch bis zur völligen Erledigung des abgeschlossenen Vertrags.
Zwar trifft die Prämisse dieser Argumentation zu, daß beim Abschluß eines subordinationsrechtlichen Vertrags eine Gleichordnung der beiden Vertragspartner stattfindet, da sonst eine gleichberechtigte Einflußnahme auf den Inhalt des öffentlichrechtlichen Vertrags nicht denkbar[16] ist; diese Gleichordnung und damit Einräumung des materiellen Mitregelungsanspruchs ist ja gerade das Abgrenzungskriterium des subordinationsrechtlichen Vertrags vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt[16].

---

16) s. Beinhardt VerwArch. 55, 223, 230; vor allem S. 249 II; Stern JZ 60, 560; Imboden Vertrag S. 88 ff.; Salzwedel Vertrag S. 29 ff.; OVG Münster NJW 67, 2328

Um diese bei Vertragsschluß bestehende Gleichordnung geht es aber bei der hier zu beurteilenden Frage der Anwendung von Verwaltungszwang bei der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche des Staates nicht.
Fraglich ist vielmehr, ob diese Gleichordnung sich wie bei den zivilrechtlichen Verträgen auch auf den Bereich der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche bezieht[17].
Da - wie ausgeführt wurde[18] - die Gleichordnung der Parteien nur zur Schaffung[19] des Vertrags und damit der aus ihm hergeleiteten Ansprüche notwendig war, ist eine Erstreckung des Grundsatzes der Gleichordnung auch auf den nachfolgenden Bereich der Durchsetzung der Vertragsansprüche nicht zwingend.
Hinzu kommt, daß diese Heranziehung des Grundsatzes der Gleichordnung, soweit er auch auf den Bereich der Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche übertragen wird, stark im zivilrechtlichen Denken wurzelt.
Bevor dieser Grundsatz auch für die Durchsetzung der Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen herangezogen werden kann, ist deshalb zu prüfen, ob insoweit eine hierzu berechtigende Ähnlichkeit zwischen zivilrechtlichen Verträgen und subordinationsrechtlichen Verträgen des öffentlichen Rechts besteht.

---

17) dafür: OVG Münster NJW 67/2328; VG Frankfurt BB 1960, 1040
18) S. 82 f. zu 1)
19) Apelt AöR 84, 263

Das Privatrecht geht von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Rechtssubjekte aus, weshalb keine ohne besondere Vereinbarung in der gleichen Situation mehr Rechte haben kann als das andere.

Eine solche Situation besteht aber im Subordinationsbereich des öffentlichen Rechts gerade nicht. Vielmehr ist in diesem Bereich des öffentlichen Rechts der Staat dadurch privilegiert, daß er grundsätzlich[20] in Form von Verwaltungsakten und damit vorbehaltlich befristeter gerichtlicher Überprüfung verbindlich für den Bürger handelt, soweit für den Erlaß von Verwaltungsakten weiter notwendige Voraussetzungen, wie z. B. bei belastenden Verwaltungsakten eine entsprechende gesetzliche Grundlage, gegeben sind.

Dieser Grundsatz, daß die Vertragsparteien bei Fehlen abweichender vertraglicher Vereinbarungen während der ganzen Dauer des Vertrags bis zu dessen völliger Abwicklung gleichgeordnet sein müssen, kann deshalb nicht vom Privatrecht auf das öffentliche Subordinationsrecht übertragen werden, will man nicht im zivilrechtlichen Denken verhaften. Die Privilegierung der öffentlichen Hand bei der Durchsetzung der Ansprüche aus subordinationsrechtlichen Verträgen beruht deshalb nicht auf dem geschlossenen Vertrag - weshalb die bei Vertragsschluß bestehende Gleichordnung nicht in Zweifel gezogen wird - , sondern auf der in diesem Rechtsbereich gegebenen Überordnung der öffentlichen Hand, aufgrund deren für diese hier der Erlaß

---

20) OVG Münster NJW 63, 731=DVBl. 63, 187= DÖV 1963, 27; Spanner DÖV 63, 29

von Verwaltungsakten die regelmäßige Handlungsform ist.
Diese Überordnung bzw. Ungleichstellung wurde nur für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beseitigt, damit dem Bürger die Möglichkeit der Einflußnahme auf den Vertragsinhalt eingeräumt und das Gebilde als echter Vertrag angesehen werden konnte; damit ist aber - wie ausgeführt[21] - noch nicht gesagt, daß diese Gleichordnung auch noch nach vollzogenem Vertragsschluß anhalten müsse[22].

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß grundsätzliche Einwendungen gegen den Erlaß eines Verwaltungsaktes und damit die Anwendung von Verwaltungszwang zur Durchsetzung der Ansprüche der öffentlichen Hand aus subordinationsrechtlichen Verträgen nicht bestehen.

4. Die erforderliche Eingriffsermächtigung

Da - wie bereits ausgeführt wurde[23] - aber der der Verwaltungszwangsvollstreckung vorauszuschickende Leistungsbescheid ein belastender Verwaltungsakt ist, bedarf die Verwaltung für seinen Erlaß der entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Die Geltung dieses Grundsatzes ist

---

21) S. 85 ff. zu 2)
22) so aber - insoweit nicht überzeugend - OVG Münster NJW 1967, 2328
23) oben S. 12 ff. zu C 1, 16 (zu 2 a)

allgemein anerkannt[24], wenn auch bezüglich der Begründung die Ansichten auseinandergehen[25]

a) Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze als gesetzliche Eingriffsgrundlagen

Daß die Verwaltungsvollstreckungsgesetze die gesetzliche Grundlage zum Erlaß belastender Verwaltungsakte nicht bilden, wurde bereits ausgeführt[26].

b) Die Befugnis der öffentlichen Hand zur hoheitlichen Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ansprüche

Somit kommt es entscheidend auf die Beantwortung der Frage an, ob die öffentliche Hand im Subordinationsbereich des öffentlichen Rechts zur Durchsetzung der ihr zustehenden öffentlichrechtlichen Ansprüche zum Erlaß entsprechender Verwaltungsakte ohne ein das ausdrücklich gestattendes Gesetz schlechthin befugt ist[27].

---

24) siehe etwa Menger-Erichsen VerwArch. 1957, 381;Spanner DÖV 1963, 29;Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 1968 Lieferung 1-9 Art. 20 Rdnr. 124 S. 55, Rdnr. 126 S. 56, Rdnr. 128 S. 56 (Maunz-Dürig) Art. 2 Abs. 1 GG Rdnr. 26 S. 25 zu IV 1 a (Dürig)

25) Nachweise insoweit bei Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdnr. 124 S. 55 zu V II und Art. 2 I Rdnr. 26 S. 25 zu IV 1 a (beide von Dürig)

26) siehe oben S. 17 f. zu c)

27) bejahend: BVerwGE 18, 283=Jus 1964, 499 (1) = DVBl. 1964, 921;E 19, 243=Jus 65, 202 (5)= NJW 1965, 458=DÖV 1965, 53;E 21, 271=Jus 1966, 161 (2);E 27, 245 27, 250 BVerwG Verw Rspr. 16, 278 NJW 1966, 364;OVG Münster MDR 1963, 80 präzisierend in BVerwGE 24, 225=MDR 66, 953=DVBl. 1966, 931=NJW 1967, 1049=Jus 1967, 92 (10) und -zusammenfassend- BVerwGE 28, 1 ff. =DÖV 1968, 425=ZBR 1968, 47=Jus 1968, 435 (8) u. Fußn. 28 S. 90

(Forts. S. 90 !)

Diese Fragestellung ist noch dahin zu präzisieren, ob diese Berechtigung der öffentlichen Hand auch zur Durchsetzung solcher öffentlichrechtlichen Ansprüche besteht, die nicht aus einer Norm, sondern aus einem öffentlichrechtlichen Vertrag hergeleitet werden.
Ob eine derartige Berechtigung besteht, ist höchst umstritten[28].

α) Die materielle Frage

Ob der öffentlichrechtliche Vertrag dem Staat einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung einräumen darf, die der Staat jedenfalls nach den geltenden Gesetzen in den von ihnen erfaßten Bereichen nicht fordern kann, betrifft die hier nicht zu behandelnde Frage[29] der Zulässigkeit öffentlichrechtlicher Verträge; von deren Zulässigkeit soll hier ohne weitere Untersuchung ausgegangen werden.
Bemerkt werden soll nur, daß dann, wenn in einem öffentlichrechtlichen Vertrag dem Staat nur Leistungsansprüche eingeräumt werden

---

27) verneinend: Henrichs NJW 1965, 458;Dietlein NJW 1962, 1945 und DVBl. 1964, 923 VG Koblenz DVBl. 1964, 935;Wolff H. J. VerwR I 7. Aufl. 1968 § 44 I b zu Gamma Renck Jus 1965, 132 ff. ;Rupp DVBl. 1963, 577;Löwenberg, Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht, 1967, bes. S. 14 ff. sowie die weiteren in Fußn. 41) Genannten.

28) bejahend: VGH München DVBl. 66, 151;VGH Kassel DVBl. 63, 555;BVerwGE 19, 243=NJW 65, 458=DÖV 65, 53;VerwRspr. 16, 278;BVerwGE 18, 283=DVBl. 1964, 921;NJW 66, 364;OVG Münster MDR 63, 80;Spanner DÖV 63, 29; Scheerbarth ZBR 63, 168;Bachof JZ 66, 60 Ziff. 19; - s. auch Fußn. 27 S. 89/90
verneinend: Henrichs NJW 65, 458;Dietlein DVBl. 64, 923;NJW 62, 1945;Achterberg DVBl. 66, 152;Rupp DVBl. 63, 577;Henrichs NJW 63, 2366;Wacke DÖV 66, 311;OVG u. VG Koblenz DVBl. 64, 931 und 935;OVG Hamburg DÖV 66, 348=MDR 66, 177;Renck Jus 65, 129 f. ;OVG Münster NJW 67, 2328

könnten, die er bereits aufgrund eines Gesetzes verlangen könnte, kaum ein sinnvoller Anwendungsbereich für den öffentlichrechtlichen Vertrag bliebe und die Ausbildung dieses Rechtsinstituts deshalb wenig praktisch wäre.

Da es aber ein Grundsatz unseres Rechts ist - auch des öffentlichen - , daß auch durch einen Vertrag Ansprüche geschaffen werden können[30], ergibt sich aus der ebenfalls in Art. 20 GG normierten **Bindung der** Verwaltung an das Recht, daß dem Staat auch außerhalb eines Gesetzes Ansprüche eingeräumt werden können, sofern nicht ein Gesetz ergibt[31], daß in dem von ihm erfaßten Bereich der Staat nur nach Maßgabe dieses Gesetzes Leistungen soll fordern können.

ß) Die formelle Frage

In der Rechtsprechung[32] und einem Teil[33] des Schrifttums wird die Ansicht vertreten, der

---

29) siehe dazu Beinhardt VerwArch. 55, 224; Stern VerwArch. 49, 141; Menger VerwArch. 52, 101 Anm. 29, ; 52, 208

30) siehe Stern VerwArch. 49, 132, 133; Apelt Arch. Öff. Recht 84, 272

31) siehe OVG Münster VerwRspr. 13 Nr. 140 S. 480; Haueisen DVBl. 61, 835; 836; Apelt AöR 84, 263

32) BVerwGE 19, 243 = NJW 65, 458 = DÖV 65, 53; E 18, 283 = DVBl. 64, 921; VerwRspr. 16, 278; NJW 66, 364; VGH München DVBl. 66, 151; VGH Kassel DVBl. 63, 555; OVG Münster MDR 63, 80; BVerwGE 28, 1 = DVBl. 68, 425 = Jus 68, 435 zu 8)

33) Spanner DÖV 63, 29; Scheerbarth ZBR 63, 168; Bachof JZ 66, 60 Ziff. 19

Staat sei im Hoheitsbereich befugt, auch ohne ausdrückliche entsprechende gesetzliche Ermächtigung ihm zustehende öffentlichrechtliche Ansprüche durch Verwaltungsakt geltend zu machen.

Hierfür werden im wesentlichen folgende Gründe angeführt:

Zwar könne die Subordination des Bürgers nur durch ein Gesetz geschaffen[34] werden; sei das aber geschehen, so könne die Befugnis des Staates, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ansprüche Verwaltungsakte zu erlassen, nicht verneint werden, ohne daß die Begriffe der Staatsgewalt und vollziehenden Gewalt bedeutungslos und sinnlos[35] würden. Zwar sei vor Geltung des Grundgesetzes bei Fehlen entsprechender gesetzlicher Grundlagen hierzu die zivilgerichtliche Leistungsklage des Staates erforderlich gewesen, jedoch nur deshalb, weil kein ausreichender Rechtsschutz durch die (Verwaltungs-) Gerichte bestanden habe[36]. Dieser garantiere[37] heute aber die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung. Im übrigen werde der Bürger durch den Erlaß des Verwaltungsakts auch nicht schlechter gestellt als bei Erhebung der Leistungsklage[38], da er die Überprüfung des Verwaltungsakts durch die Verwaltungsgerichte erreichen könne.

---

34) Menger-Erichsen VerwArch. 57, 381
35) so das BVerwG in st. Rspr.; s. die in Fußn. 27) S. 89-90 genannten Entscheidungen
36) BVerwGE 18, 283=DVBl. 64, 921
37) BVerwG NJW 66, 364; BVerwGE 18, 283= DVBl. 64, 921
38) Scheerbarth ZBR 63, 168

Es sei ein im deutschen Verwaltungsrecht geltender Gewohnheitsrechtssatz[39], daß die verfahrensrechtliche Befugnis der Verwaltung, durch Verwaltungsakte zu handeln, immer bestehe, wenn nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt sei. Der Vorbehalt des Gesetzes, der in Art. 20 GG niedergelegt sei, beziehe sich nur[40] auf die materielle Seite des staatlichen Handelns, d. h. darauf, ob und was der Staat vom Bürger fordern dürfe.
Die herrschende Meinung[41] lehnt diese Ansicht mit überzeugender Begründung ab:
Abgesehen von der in ihm enthaltenen materiellen Regelung bedeutet jeder Verwaltungsakt durch die ihm eigenen Rechtswirkungen eine doppelte Belastung[42] für den Bürger, für deren Schaffung eine rechtssatzmäßige Ermächtigung notwendig erscheint: Der Verwaltungsakt stellt eine - vorbehaltlich der befristet möglichen gerichtlichen Überprüfung - verbindliche Entscheidung des Staates über die ihm zustehenden

---

39) OVG Münster MDR 63, 80; Spanner DÖV 63, 29 BVerwGE 18, 283 = DVBl. 64, 921
40) OVG Münster MDR 63, 80
41) Achterberg DVBl. 1966, 152; Rupp DVBl. 1963, 577; Dietlein DVBl. 1964, 923; Henrichs NJW 1963, 2366 und 1965, 458; Wacke DÖV 1966, 311; OVG und VG Koblenz DVBl. 1964, 931 und 935; OVG Hamburg DÖV 1966, 348 = MDR 1966, 177; Renck Jus 1965, 129 f. Einschränkend für den Fall, daß Unterordnung gerade bzgl. des geltend gemachten Anspruchs besteht: BVerw GE 28, 1 = DVBl. 1968, 425 = Jus 1968, 435(5); BVerwG NJW 1967, 1049 = MDR 66, 953 = Jus 1967, 92 = DVBl. 1966, 931
42) Rock Jus 65, 132; Rupp DVBl. 63, 577; Dietlein DVBl. 64, 923; NJW 63, 1946

Rechte dar (Tatbestandswirkung) und setzt die Verwaltung zum Selbstvollzug instand, sofern nicht - auf Antrag des Betroffenen - das Gericht (§ 80 Abs. II, V VwGO) die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs oder der Klage befristet oder unbefristet bei (rechtzeitigem!) Widerspruch oder (rechtzeitiger) Klage wiederherstellt.

Da die Macht, in eigener Sache als Richter verbindliche Entscheidungen zu treffen, mit dem Rechtsstaatsprinzip[43] unvereinbar ist, und die Befähigung, sich selbst einen Vollstreckungstitel zu schaffen, ein Ausnahmefall ist, wie die §§ 154, 155 KostO zeigen, ist auch für die Befugnis, in Form von Verwaltungsakten zu handeln, eine ausdrückliche rechtssatzmäßige Ermächtigung[44] erforderlich.

Ein dahingehendes Gewohnheitsrecht besteht nicht[45].

Dieses kann nicht aus einem angeblich den Gesetzen, die zur Anwendung der Rechtsform des Verwaltungsakts ausdrücklich ermächtigen, zugrundeliegenden, allgemeinen Rechtsgedanken gefolgert werden[46]; denn die Berechtigung derartiger verallgemeinender Schlüsse ist deshalb zweifelhaft, weil man ebenso gut aus diesen

---

43) Henrichs NJW 64, 2367; NJW 65, 459; OVG Hamburg DÖV 66, 348; Wacke DÖV 66, 312; Achterberg DVBl. 66, 153

44) Renck Jus 65, 132

45) Dietlein NJW 62, 1947; Wacke DÖV 66, 313; Rupp DVBl. 63, 580

46) so aber Spanner DÖV 63, 30 und Bachof JZ 66, 60; dagegen Rupp DVBl. 63, 580

vereinzelten Gesetzen im Umkehrschluß folgern könnte, in allen von derartigen Gesetzen nicht erfaßten Fällen solle nach deren Sinn die Befugnis zur Handlung in Form von Verwaltungsakten eben nicht bestehen[47]. Für einen derartigen Umkehrschluß spricht auch, daß die bestehenden gesetzlichen Ermächtigungen zur eigenmächtigen Schaffung eines Vollstreckungstitels deren Voraussetzungen und Zulässigkeit[48] genau umschreiben.

Daraus, daß nur vereinzelt dem Erlaß eines Verwaltungsakts eine die Verjährung des geltend gemachten materiellen Anspruchs unterbrechende Wirkung gesetzlich beigemessen ist, folgt zudem, daß diese Unterbrechungswirkung in der Regel nicht[49] besteht. Die Verwaltung wird deshalb zur baldmöglichsten Vollstreckung genötigt[50], was den Bürger erneut belastet.

Auch der Hinweis der Rechtsprechung,[51] die Verwaltung sei seit jeher zur Anwendung der hoheitlichen Handlungsform befugt gewesen, ohne hierfür eine ausdrückliche parlamentarische Legitimation zu besitzen, überzeugt nicht; diese Befugnis der Verwaltung ließ sich bis zum Inkrafttreten der modernen Verfassungen aus dem seinerzeitigen monarchischen Prinzip[52]

---

47) so Rupp DVBl. 63, 580 rechts unten; OVG Kobl. DVBl. 64, 931; OVG Hamburg DÖV 66, 348; Wacke DÖV 66, 311; Dietlein DVBl. 64, 924

48) OVG Hamburg DÖV 66, 348; Wacke DÖV 66, 314 mit Nachweisen

49) OVG Hamburg DÖV 66, 348

50) Wacke DÖV 66, 312

51) siehe die in Fußn. 27 S. 89 zuerst Genannten

52) Renck Jus 1965, 132; Rupp DVBl. 1963, 577; Dietlein DVBl. 1964, 923/4

herleiten, demzufolge die Verwaltung als Organ der Herrschaftsgewalt des Landesherren ein eigenes originäres Recht zur Anwendung der hoheitlichen Handlungsform besaß, während sich der Gesetzesvorbehalt nur auf die getroffene materielle Regelung[53] bezog. Da heute die Verwaltung keine originären Handlungsrechte mehr hat[54], sondern wie jedes Staatsorgan der parlamentarischen Legitimation, d. h. gesetzlichen Ermächtigung bedarf[54], ist diese Argumentation der Rechtsprechung, die aus den Begriffen der Staatsgewalt und vollziehenden Gewalt eine derartige originäre Handlungsbefugnis der Verwaltung herleiten will, als im - überholten - monarchischen Prinzip verhaftet zurückzuweisen[55].

Außerdem ist es nicht einzusehen, daß diese Begriffe bei entsprechend verrechtlichtem Verständnis heute sinn- und bedeutungslos sein würden[56]. Die Rechtsprechung hat diesen Begriffen nur wieder entnommen, was sie zuvor in sie hineingedeutet hat[57]. Dem Begriff der Staatsgewalt kann auch der Inhalt beigemessen werden, daß die hoheitliche Handlungsbefugnis nur bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung[58] besteht. Folgte man der Ansicht der

---

53) vor allem auf "Freiheit und Eigentum", siehe dazu -auch historisch- Peter Selmer in Jus 1968, 489 ff. bes. 490/1

54) Renck Jus 1965, 132; Dietlein DVBl. 1964, 924; Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 1968 Art. 20 Rdnr. 124 S. 55, Rdnr. 126 S. 56, Rdnr. 127, bes. Rdnr. 128 S. 56; Art. 2 I GG Rdnr. 26 S. 25 (zu IV 1 a)

55) Wacke DÖV 1966, 313; Dietlein DVBl. 1964, 924; Spanner DÖV 1963, 30; Renck Jus 1965, 130

56) Henrichs NJW 64, 2347; Renck Jus 65, 130; OVG Hamburg DÖV 66, 348

57) Renck Jus 65, 130; Dietlein DVBl. 64, 923; das gilt auch f. d. Begriff d. vollziehenden Gewalt

58) Dietlein DVBl. 1964, 923

Rechtsprechung, so wüchse der Begriff der öffentlichen Gewalt ins Unermeßliche[59].

Es ist ferner auch nicht einzusehen[60], inwiefern der durch das Grundgesetz erfolgte Ausbau des Verwaltungsgerichtsschutzes eine Ausdehnung der hoheitlichen Befugnisse der Verwaltung zur Folge haben sollte, zudem der klagende Bürger auch trotz dieses Rechtsschutzes insofern schlechter[61] gestellt ist, als bei Erhebung der Klage durch den Staat dieser und nicht der Bürger die nicht unerheblichen Kosten der Vorfinanzierung für das gerichtliche Verfahren trägt, der Bürger also durch den Erlaß eines - anzugreifenden - Verwaltungsakts in eine prozessual ungünstigere Situation gedrängt wird.

Der Schluß, durch den in Art. 19 Abs. IV GG gewährleisteten Rechtsschutz werde die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung garantiert, ist schließlich deshalb unzulässig, weil so über Art. 19 Abs. IV GG der in Art. 20 Abs. III GG enthaltene Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung ausgehöhlt würde[62].

Außerdem ist es widerspruchsvoll, zwar für die Begründung eines Subordinationsverhältnisses, nicht aber für die folgende Befugnis der Verwaltung zum Erlaß von Verwaltungsakten eine rechtssatzmäßige Ermächtigung zu fordern[63].

---

59) Renck Jus 65, 130 rechts
60) Henrichs NJW 64, 2367; Renck Jus 65, 130; OVG Hamburg DÖV 66, 348; Wacke DÖV 66, 313
61) Henrichs NJW 64, 2367; Renck Jus 65, 130; OVG Hamburg DÖV 66, 348; Achterberg DVBl. 66, 153
62) Renck Jus 65, 130
63) Menger-Erichsen VerwArch. 57, 380, 381; Naumann SGB 1966, 119, 120

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Entgegen der in der Rechtsprechung[64] und (teilweise) in der Lehre[64] vertretenen Ansicht ist die öffentliche Hand auch im Bereich der Subordinationsverhältnisse ohne entsprechende dahingehend besondere rechtssatzmäßige Ermächtigung nicht befugt, in Form von Verwaltungsakten zu handeln.
Insoweit vermag auch die zuletzt[65] erfolgte Präzisierung der Gegenmeinung nicht zu überzeugen. Danach soll eine Berechtigung der öffentlichen Hand zumindest insoweit zu bejahen sein, als die Gewaltunterworfenheit gerade bezüglich des geltend gemachten Anspruchs bestehe[66]. Wie die Gegenmeinung[67] zu Recht ausführt, rechtfertigt allein die Tatsache, daß ein Rechtsverhältnis als subordinationsrechtlich zu betrachten ist, zwar noch nicht den Schluß, sämtliche daraus resultierende Ansprüche seien ebenfalls im Sinne der Gegenmeinung "subordinationsrechtlich" zu verstehen. Dieser Schluß sei aber notwendig, wenn die Subordination die Rechtsbeziehungen zwischen Gewaltunterworfenem und öffentlicher Hand derart stark präge, daß sie auch noch den einzelnen, aus diesem Rechtsverhältnis resultierenden Anspruch erfasse, so daß dieser durch Verwaltungsakt verwirklicht werden dürfe.

---

64) siehe die in Fuß. 27) S. 89-90 Genannten
65) BVerwGE 21, 270=Jus 1966, 161 (2) 24, 225= Jus 1967, 92 (10)= MDR 1966, 953=NJW 1967, 1049=DVBl. 1966, 931;BVerwGE 27. 245 27, 250 zusammenfassend BVerwGE 28, 1 ff = ZBR 1968, 47=DÖV 1968, 425=Jus 1968, 435(8)
66) BVerwGE 21, 270=Jus 1966, 161(2)
67) BVerwGE 24, 225=Jus 1967, 92(10)

Eine solche Subordination, wie sie die Gegenmeinung versteht, ist sowohl bezüglich der sich aus einem besonderen Gewaltverhältnis[68] ergebenden einzelnen Ansprüche aus den oben[69] dargelegten Gründen zu verneinen als auch erst recht für die hier zu untersuchende Geltendmachung der Ansprüche der öffentlichen Hand aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag. Insoweit kann nicht übersehen werden, daß doch immerhin zur Schaffung des vertraglichen Anspruchs eine Gleichordnung der Parteien stattgefunden hat. Daß die Subordination also derart stark sei, daß sie auch die Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs im Sinne der Gegenmeinung mit dem Recht zur Verwirklichung in Verwaltungsakten erfasse, wird man angesichts dessen schlecht behaupten können. Zutreffend weist nämlich insoweit die Gegenmeinung[70] darauf hin, daß aus der Subordination noch nicht die Berechtigung der Verwaltung zur Schaffung eigener Vollstreckungstitel (= Leistungsbescheide = Verwaltungsakte) zu folgern ist, die hier aber vorliegen würde.

B. Ergebnis

Die Anwendung von Verwaltungszwang zur Durchsetzung der öffentlichrechtlichen Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Subordinations-

---

68) die in Fußn. 64-67 S. 98 und Fußn. 27 S. 89-90 genannten Entscheidungen betrafen sämtlich besondere Gewaltverhältnisse (Soldaten und Beamte)

69) S. 89 ff zu b)

70)) BVerwGE 28, 1 ff = DÖV 1968, 425=ZBR 1968, 47 (am Ende). Diese Berechtigung folgt auch entgegen der vom BVerwGE 28, 1 ff vertretenen Ansicht aus den §§ 1 I, III VwVG siehe dazu oben S. 17 ff zu C.

verträgen kommt deshalb nur bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung in Frage.
Nur in einem derartigen Fall ist dann die dennoch erhobene Klage auf Erfüllung des Vertrags wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

C. Die Klageform

Steht somit fest, daß die Ansprüche auf Erfüllung subordinationsrechtlicher und koordinationsrechtlicher Verträge im Wege der Klage zu verfolgen sind, falls nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, so ist weiter zu untersuchen, ob dann, wenn sich der geltend gemachte Anspruch auf den Erlaß eines Verwaltungsakts, bzw. einer Amtshandlung[71] richtet, die sogen. besondere Leistungsklage oder der in der VwGO geregelte Klagetyp der Verpflichtungsklage die richtige Klageform ist.
Im Schrifttum[72] wird die Ansicht vertreten, für die Klage auf Erfüllung öffentlichrechtlicher Verträge wie überhaupt für die Klage aus öffentlichrechtlichen Verträgen komme immer nur die sogen. besondere Leistungsklage, nie die Verpflichtungsklage in Betracht, selbst

71) so Bettermann NJW 60, 650; Lerche in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 76
72) Lerche in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 72 ff.; Beinhardt VerwArch. 55, 260; ähnlich Eyermann-Fröhler 3. und 4. Aufl. § 40 Rdnr. 6 A I 2 b; Rdnr. 7, 8 zu A I 2 b bb

wenn mit der Klage die Verurteilung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes oder zur Vornahme einer Amtshandlung[71] gefordert werde.

Das wird folgendermaßen begründet:

Auch wenn es im Gesetz im Gegensatz zur früher (§ 85 VGG) nicht ausdrücklich niedergelegt sei, liege der VwGO die Unterteilung der Verfahren[72] in ko- und subordinationsrechtlichen Streitigkeiten zugrunde. Das ergebe[73] sich daraus, daß etwa für die Klage auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsakts kein Vorverfahren notwendig sei, wie es für die subordinationsrechtlichen Streitigkeiten - z. B. die Verpflichtungsklage - vorgeschrieben sei.

Für das Begehren auf Verurteilung zu einer Leistung sei für das subordinationsrechtliche Verfahren der VwGO der Klagetyp der Verpflichtungsklage geschaffen worden[74]. Dieser Klagetyp könne für die Klagen aus öffentlichrechtlichen Verträgen zur Geltendmachung von Leistungsbegehren nicht herangezogen werden, da im Rahmen dieser Verträge die Gleichordnung der Parteien bestehe[75]. Es sei deshalb auf eine andere Klageart zurückzugreifen, die zur Verfolgung des Leistungsbegehrens geeignet sei.

---

73) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 75

74) Lerche aaO S. 72

75) Lerche aaO S. 77; Beinhardt VerwArch. 55, 260

Angesichts der besonderen gesetzlichen Regelung (Vorverfahren, keine vorläufige Vollstreckbarkeit in der Hauptsache etc.), für die Verpflichtungsklage komme zur Verfolgung des Leistungsbegehrens neben der Verpflichtungsklage nur eine Klageart in Betracht, die einem völlig anderen Klagetyp als die Verpflichtungsklage angehöre[76]. Das sei bei der sogen. besonderen Leistungsklage der Fall, da diese eine koordinationsrechtliche Streitigkeit darstelle[77]. Die besonderen Voraussetzungen für die Verpflichtungsklage (§§ 68 f. 168 Abs. I Satz 2 VwGO) kämen deshalb für diese Klage nicht in Betracht[78]. Hierbei wird allerdings eingeräumt[79], daß bei diesem Verständnis der Streitigkeiten der VwGO teilweise eine Korrektur des Gesetzes erfolge.
Dieser Ansicht ist widersprochen[80] worden.
Es wurde bestritten[81], daß der VwGO die Unterscheidung von sub- und koordinationsrechtlichen Streitigkeiten zugrundeliegt, da sich hierfür weder etwas aus dem Wortlaut

---

76) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 72, besonders S. 74 und 76
77) Lerche aaO S. 74/5;77 oben; Eyermann-Fröhler § 42 Rdnr. 4
78) Lerche aaO S. 77 und 78 jeweils oben
79) Lerche aaO S. 76
80) Hegel DÖV 65, 413 f. bes. 416; Redeker DÖV 66, 545
81) Hegel DÖV 65, 414; Schäfer DVBl. 60, 838; Eckert DVBl. 62, 11, 21 am Ende; Bräutigam DÖV 60, 366; Schunck-De Clerk § 40 VwGO Anm. 1 b S. 132

des Gesetzes noch aus dessen Entstehungsgeschichte ergebe. Die Richtigkeit dieser Unterscheidung wurde auch deshalb bezweifelt[82], weil sich ihr die Feststellungsklage entziehe.

Dem ist aus den angeführten und den folgenden Gründen zu folgen:

Daß der VwGO diese Unterscheidung von sub- und koordinationsrechtlichen Streitigkeiten zugrundeliegt, ist bisher nicht näher aus der VwGO heraus belegt[83] worden, ja es muß sogar zugestanden werden[84], daß dieses Verständnis der Streitigkeiten der VwGO teilweise zu deren Korrektur führt. Gerade deren Notwendigkeit weckt Zweifel daran, ob diese Einteilung der Streitigkeiten der VwGO deren Systematik gerecht wird.

Entscheidend ist jedoch, daß die VwGO nach ihrem Wortlaut die Klagetypen nach dem Klageziel differenziert, während sie auf die bei Klageerhebung zwischen den Prozeßparteien bestehenden Rechtsbeziehungen nicht[85] abstellt. Diese bilden ferner deshalb kein brauchbares Kriterium zur Unterscheidung der Verfahrensarten, da die öffentliche Hand ja auch im Koordinationsbereich des öffentlichen Rechts stets imstande[86] ist, hoheitlich zu handeln,

---

82) Hegel DÖV 65, 414
83) so auch Hegel DÖV 65, 414
84) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 76 oben
85) Hegel DÖV 65, 416; so auch Holland DÖV 65, 411, 412; Wolff VerwR III § 171 I a S. 375; § 172 II S. 397 zu a); § 173 II a S. 411
86) Hegel DÖV 65, 414 bes. Fußn. 25

d. h. einen Verwaltungsakt zu erlassen, wenn sie auch dazu konkret nicht befugt und dieser Verwaltungsakt deshalb fehlerhaft ist. Zur Beseitigung dieses gesetzlosen Verwaltungsakts muß dann die Anfechtungsklage gegeben sein, da ja eine darauf gerichtete Klage als Gestaltungsklage auch nach Ansicht der Gegenmeinung nicht zulässig wäre, da sie keinem anderen Klagetyp angehörte. Dieses Beispiel widerlegt auch die Ansicht, alle vertraglichen Streitigkeiten müßten koordinationsrechtlicher Natur sein[87].

Wenn Eyermann-Fröhler[88] die Koordinations- d. h. Parteistreitigkeiten dadurch kennzeichnen wollen, daß bei ihnen keine der Parteien zu einer für den anderen verbindlichen Entscheidung befugt sei, so verkennen sie zudem den Begriff der sogen. Partei- oder Koordinationsstreitigkeiten, wie er dem VGG zugrundelag[89].

§ 85 VGG meinte nämlich keine materiellrechtliche Gleichordnung, sondern bestimmte den Begriff der Parteistreitigkeiten allein nach der prozessualen Situation, d. h. danach, ob bereits eine der Parteien eine verbindliche Entscheidung erlassen hatte oder nicht[90]; es kam also nur darauf an, ob eine

---

87) so aber Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 77, 78

88) 3. u. 4. Aufl. 1962, 1965 § 40 Rdnr. 8 zu A I 2 unter b bb

89) so auch Hegel DÖV 65, 414

90) nicht darauf, ob sie einen Verwaltungsakt erlassen konnte, Hegel DÖV 1965, 414

solche verbindliche Entscheidung Gegenstand des Rechtsstreits war[91].

Die von der Gegenmeinung unter Hinweis auf die Gleichordnung der Vertragspartner geforderte Anwendung der besonderen Leistungsklage erscheint auch deshalb nicht richtig, weil die Folgerung, die bei Abschluß des öffentlichrechtlichen Vertrags vorausgesetzte Gleichordnung der Parteien bestehe auch während der gesamten Abwicklung des Vertrags, weder zwingend noch überzeugend ist, wie oben ausgeführt[92] wurde.

Zudem ist auch nicht einzusehen, warum wegen der Anwendung des § 42 Abs. II VwGO Schwierigkeiten bestehen sollten[93]; unter den dort genannten Rechten können durchaus auch vertraglich begründete verstanden werden[94].

Überdies führte die Anwendung der besonderen Leistungsklage, für die die Vorschriften über die Verpflichtungsklage nicht gelten[95], auch zu unbefriedigenden Ergebnissen. Da § 167 Abs. II VwGO für diese Klage somit nicht gilt, müßte das der Klage stattgebende Urteil auch in der Hauptsache für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, was bei einer auf den Erlaß eines Verwaltungsakts gerichteten Klage gegen den Sinn des § 167 Abs. II VwGO verstoßen würde[96], da die

---

91) h. M. Hegel DÖV 65, 414; Lerche aaO S. 71; Menger VerwArch. 51, 153; 54, 81; Rupp DVBl. 63, 577; AöR 85, 304

92) oben S. 82 bis 88

93) so Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 77

94) ähnliches klingt auch bei Apelt AöR 84 S. 249 f, 272 an.

95) h. M. s. für alle Lerche aaO S. 77 und 78 oben.

96) h. M. s. Schunck-De Clerk § 167 Anm. 2f hh § 528 unter Bezugn. auf die Amtl. Begründg. zum Regierungsentwurf BT Drucks. Nr. 55

vorläufige Vollstreckbarkeit derartiger Urteile mit dem Wesen der öffentlichen Verwaltung nicht vereinbar ist.[96]

Die Ansicht, aus öffentlichrechtlichen Verträgen könne stets nur die sogen. besondere Leistungsklage resultieren, ist deshalb abzulehnen[97], da sie die Klagetypen der VwGO zu eng versteht; es bleibt bei der in der VwGO getroffenen Regelung, die es auf das Klageziel für die Auswahl des Klagetyps abstellt.

2. Titel: Ergebnis

Die Ansprüche auf Erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags sind somit, falls gesetzlich nicht etwas anderes bestimmt ist, im Wege der Klage vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Als Klagearten kommen je nach dem Klageziel die Klagetypen der VwGO (Verpflichtungsklage, allgemeine Leistungsklage) in Betracht.

2. Abschnitt: Die Durchsetzung der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des subordinationsrechtlichen Vertrages gerichteten Ansprüche, die Behandlung gerichtlicher Vergleiche und die Erledigung von Einwendungen in der Zwangsvollstreckung

Da auch die auf Schadensersatz wegen Nicht-

96) h. M. s. Schunck-De Clerk § 167 Anm. 2f hh § 528 unter Bezugn. auf die Amtl. Begründung zum Regierungsentwurf BT Drucks. Nr. 55

erfüllung eines subordinationsrechtlichen Vertrags gerichteten Ansprüche öffentlich-rechtlicher Natur sind, gilt für sie das zu den Erfüllungsansprüchen Gesagte; zu ergänzen ist lediglich, daß die Anwendung von Verwaltungszwang zur Durchsetzung dieser Ansprüche - ohne Klageerhebung - im Bereich des VwVG's des Bundes schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil zur Durchsetzung dieser Ansprüche nach § 40 Abs. II 1 VwGO ein anderer als der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist[98], § 1 Abs. II VwVG.
Für die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche gilt das oben[99] zu den koordinationsrechtlichen Verträgen Ausgeführte, insoweit keine Unterschiede bestehen. Das gilt auch für die Erledigung von Einwendungen in der Zwangsvollstreckung[100].

3. Kapitel: Schiedsgerichtsvereinbarungen

Es bleibt ferner noch zu untersuchen, ob in einem öffentlichrechtlichen Vertrag für die Entscheidung der daraus resultierenden Streitigkeiten die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart werden kann.

---

97) so auch Redeker DÖV 66, 545
98) siehe oben S. 26 ff, 28 ff. zu I, II, A, insoweit gilt für die subordinationsrechtlichen Verträge nichts anderes
99) oben S. 44 ff., 4. Abschnitt
100) oben S. 52 ff. unter A Bund S. 61 ff. unter A S. 62 ff. unter B

Unter Schiedsgerichten sollen hier nur echte, d. h. solche Schiedsgerichte verstanden werden, die ihre Entscheidungszuständigkeit aus einem Vertrag herleiten, nicht solche, deren Entscheidungszuständigkeit in einer Rechtsnorm angeordnet ist.

Daß die VwGO - anders als das SGG - von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vereinbarung von Schiedsgerichten ausgeht, ergibt sich aus § 168 Ziff. 5 VwGO[101].

Das kann auch nicht mit dem Hinweis auf § 40 Abs. I VwGO verneint werden[102], da diese Bestimmung wie die entsprechenden Bestimmungen der anderen Verfahrensordnungen (z. B. § 13 GVG) nur zur Abgrenzung der verschiedenen Rechtswege dient[103], nicht aber die generelle Eröffnung allein des Verwaltungsgerichtswegs für öffentlichrechtliche Streitigkeiten gebietet.

Fraglich ist nur, inwieweit die Zulässigkeit einer derartigen Schiedsgerichtsvereinbarung anzuerkennen ist.

Insoweit ergeben sich Bedenken sowohl aus Art. 19 Abs. IV GG wie auch aus dem Wesen der Schiedsvereinbarung.

Ein Teil der Lehre[104] meint unter Hinweis auf Art. 19 IV GG, Schiedsgerichte seien

---

101) h. M. s. Müller NJW 63, 282, 283

102) so Bullinger Vertrag und Verwaltungsakt S. 90

103) so mit Recht Müller NJW 63, 282 rechts und Haueisen NJW 62, 2129, 2130 rechts

104) Klein in VVDStRL Bd. 8, 93; von Mangoldt-Klein Komm. zum GG S. 574; Bonner Komm. II 4 f zu Art. 19 - Wernicke -

unzulässig, da sie keinen Rechtsweg im Sinne des Art. 19 IV GG darstellten.

Zwar trifft es zu, daß Art. 19 IV GG unter Rechtsweg nur den Weg zu den staatlichen Gerichten versteht. Jedoch ist die daraus gezogene Folgerung, im Rahmen des Hoheitsbereichs, den Art. 19 IV GG mit dem Begriff der öffentlichen Gewalt zeigt, seien Schiedsvereinbarungen unzulässig, nicht überzeugend[105].

Ist nämlich der Einzelne auch bei Vorhandensein staatlicher Gerichte aufgrund der auch im Verwaltungsprozeßrecht geltenden Dispositionsmaxime nicht verpflichtet, in jedem Fall den dargebotenen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, so steht auch aus dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG nichts entgegen, wenn er für die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis resultierenden Streitigkeiten auf die Anrufung der staatlichen Gerichte verzichtet und statt dessen die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart.

Weiter setzt aber die Vereinbarung eines Schiedsgerichts voraus, daß die künftigen Prozeßparteien hinsichtlich des künftigen Streitgegenstandes gleichgeordnet[106] sind, da jeder Vertrag eine derartige Gleichordnung erfordert.

Das ist nur bei koordinationsrechtlichen Streitigkeiten[106] der Fall, d.h. nur bei den sogen. Parteistreitigkeiten im Sinne des § 85 VGG[106]. Die Streitigkeiten über die Auf-

---

105) Krit. auch Maunz-Dürig Art. 19 IV GG Rdnr. 55

106) h. M. s. Haueisen NJW 62, 2130; Menger, System d. verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954 S. 252; Schiedsgericht DVBl. 1962, 833, 834; VGH Stuttgart DÖV 1958, 952 m. Anm. Haueisen S. 953

hebung und den Erlaß von Verwaltungsakten können deshalb nicht von Schiedsgerichten entschieden werden[106].

Es trifft deshalb auch nicht zu, daß Schiedsgerichte immer dann tätig werden können, wenn die Parteien einen entsprechenden Vergleich schließen können[107], da die Prozeßparteien Vergleiche auch in Prozessen schließen können, die die Aufhebung oder den Erlaß von Verwaltungsakten zum Gegenstand haben[108] und somit nicht zu den Parteistreitigkeiten im Sinne des § 85 VGG gerechnet werden können.

Für das weitere Verfahren der Vollstreckung aus dem Schiedsspruch gelten §§ 168 ff. VwGO.

---

107) BVerwG BB 60, 532=DVBl. 59, 712

108) so BVerwG DVBl. 64, 273, 275;
Schunck-De Clerk § 106 Anm. 2a;
im Ergebnis auch Haueisen NJW 62, 2130
und Schiedsgericht DVBl. 62, 83

L e b e n s l a u f

Am 22. Februar 1940 wurde ich als Sohn des Buchhalters Herbert W u l f f und seiner Ehefrau Charlotte geb. Gemkow in Berlin geboren. Mein Vater fiel am 20. April 1945 in Königswusterhausen bei Berlin. Am 28. Dezember 1946 heiratete meine Mutter meinen jetzigen Vater, den Revisor Erwin M ü l l e r . Von 1946 bis 1949 besuchte ich die 3. Volksschule und von 1950 bis 1959 bis zum Erwerb der Hochschulreife am 4. März 1959 das Canisius-Kolleg in Berlin-Tiergarten.
Vom Sommersemester 1959 bis Sommersemester 1962 studierte ich an der Freien Universität Berlin Rechtswissenschaft. Im März 1963 bestand ich das Referendar - und im August 1967 das Assessorexamen.
Nach einer kurzen Tätigkeit bei der deutschen Bundesbahn in Hannover wurde ich im Juni 1968 bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin eingestellt, wo ich im Juni 1970 unter Berufung auf das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Staatsanwalt ernannt wurde.